

Trabajo Fin de Grado CURSO ACADÉMICO 2016-2017

**TÍTULO: "RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DIAGNÓSTICO MÉDICO ERRÓNEO"
("CIVIL LIABILITY FOR MISDIAGNOSIS")**

AUTOR: Sonia Escribano Martínez

TUTOR: M^a Nieves Pacheco Jiménez

El presente TFG ha sido presentado y defendido por Sonia Escribano Martínez, alumna de Grado en Derecho en la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, en Junio de 2017. Nota obtenida: 10.

Resumen:

En el presente trabajo se ha realizado un estudio sobre la responsabilidad civil en el diagnóstico médico erróneo. Los avances tecnológicos y científicos en materia sanitaria no siempre son coincidentes con una correcta aplicación profesional, lo cual puede suponer una conducta negligente causante de un daño y, por lo tanto, una responsabilidad del profesional. Para determinar la responsabilidad civil en el ámbito sanitario es necesario el estudio de aspectos como la relación que une médico-paciente así como la naturaleza jurídica de la obligación médica –medicina satisfactiva o curativa-. El régimen de responsabilidad civil en el referido ámbito se asienta sobre la culpa, y ello hace preciso determinar cuándo una actuación médica se considera negligente. Los deberes médicos se han estudiado desde una conducta ajustada a la *lex artis ad hoc*, la cual viene determinada por las obligaciones médicas que se extraen de la legislación existente en materia sanitaria y por la interpretación jurisprudencial al respecto. En la responsabilidad civil por un diagnóstico médico erróneo existen peculiaridades que son de gran relevancia, debiendo ser tenidas en cuenta para abordar este tema; a saber: la apreciación del error "*ex ante*", la falta de colaboración del paciente, la doctrina del daño desproporcionado o la doctrina de la pérdida de oportunidad y el error diagnóstico prenatal.

Palabras clave: responsabilidad civil médica, deberes médicos, consentimiento informado, "*lex artis ad hoc*", error diagnóstico.

Abstract:

In the present work a study on the civil responsibility in erroneous medical diagnosis has been carried out. The technological and scientific advancements in the Health field do not always fit with a proper professional application. This may cause injury due to a negligent conduct and as a consequence a professional responsibility. To define the professional responsibility in the Health sector it is necessary to study variables such as the doctor-patient relationship as well as the legal nature of the medical obligation – satisfactory or curative medicine-. The professional responsibility regime in such scope is based on fault, and consequently it is necessary to decide when a medical practice is considered as negligent. The medical obligations have been studied from the point of view of a conduct adjusted to *lex artis ad hoc*, which is given by the medical obligations that are derived from the current legislature in Health and by the corresponding jurisprudential interpretation. In the civil responsibility based on an erroneous medical diagnosis there are relevant peculiarities. Then they should be taken into account when addressing this topic. Namely, the assessment of the error "*ex ante*", the lack of patient's collaboration, the

doctrine of disproportionate harm, the doctrine of loss of opportunity and prenatal diagnosis errors.

Keywords: medical civil liability, medical duties, informed consent, "*lex artis ad hoc*", misdiagnosis.

SUMARIO:

I. Introducción. II. La relación médico-paciente: su naturaleza jurídica. 2.1. La naturaleza jurídica de la obligación médica: medicina curativa *versus* medicina satisfactiva. 2.2. El contrato médico-paciente en la práctica de la asistencia sanitaria. III. Los deberes médicos. 3.1. Origen y evolución de los deberes médicos. 3.2. Deberes relacionados con la información. 3.3. Deberes relacionados con la competencia profesional. 3.4. Deberes de asistencia 3.5. Deber de certificación. IV. Responsabilidad civil médica por error diagnóstico. 4.1. El diagnóstico y su potencial resarcitorio. 4.2. Criterios de imputación en la responsabilidad civil médica aplicados a la práctica jurisprudencial. 4.3. El error diagnóstico y el consentimiento informado. 4.4. La doctrina de la pérdida de oportunidad. 4.5. La doctrina del daño desproporcionado. 4.6. Apreciación del error diagnóstico "ex ante" y no "ex post". 4.7. Error de diagnóstico por falta de colaboración del paciente. 4.8. El error diagnóstico prenatal. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Universidad de Castilla-La Mancha

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca

Trabajo Fin de Grado

Grado en Derecho

***RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DIAGNÓSTICO
MÉDICO ERRÓNEO***

SONIA ESCRIBANO MARTÍNEZ

Cuenca, junio 2017



Facultad de Ciencias Sociales

Grado en Derecho

Trabajo Fin de Grado

***RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DIAGNÓSTICO
MÉDICO ERRÓNEO***

Presentado por: Sonia Escrivano Martínez

Dirigido por: M^a Nieves Pacheco Jiménez

Cuenca, junio 2017

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE: SU NATURALEZA JURÍDICA	7
2.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA: MEDICINA CURATIVA VERSUS MEDICINA SATISFACTIVA	10
2.2. EL CONTRATO MÉDICO-PACIENTE EN LA PRÁCTICA DE LA ASISTENCIA SANITARIA.....	12
3. LOS DEBERES MÉDICOS	14
3.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DEBERES MÉDICOS	14
3.2. DEBERES RELACIONADOS CON LA INFORMACIÓN	17
3.2.1. EL DEBER DE INFORMACIÓN	17
3.2.2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	18
3.3. DEBERES RELACIONADOS CON LA COMPETENCIA PROFESIONAL..	21
3.4. DEBERES DE ASISTENCIA.....	22
3.5. DEBER DE CERTIFICACIÓN.....	23
4. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR ERROR DIAGNÓSTICO.....	24
4.1. EL DIAGNÓSTICO Y SU POTENCIAL RESARCITORIO.....	24
4.2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA APLICADOS A LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL.....	26
4.3. EL ERROR DIAGNÓSTICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	30
4.4. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD	31
4.5. LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO	32
4.6. APRECIACIÓN DEL ERROR DIAGNÓSTICO “EX ANTE” Y NO “EX POST”.....	34
4.7. ERROR DE DIAGNÓSTICO POR FALTA DE COLABORACIÓN DEL PACIENTE	34
4.8. EL ERROR DIAGNÓSTICO PRENATAL	35
5. CONCLUSIONES	37
6. BIBLIOGRAFÍA.....	39

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, que lleva por título "Responsabilidad civil en el diagnóstico médico erróneo", conforma el Trabajo Fin de Grado con el que finaliza la formación académica de Grado en Derecho, estudios que estoy cursando en la actualidad.

En el ámbito sanitario destaca el gran avance tecnológico y científico que ha experimentado la Ciencia Médica en el último siglo, configurándose nuevas especialidades médicas (v. gr., cardiología intervencionista y hemodinamia, genética, neurología, cirugía plástica y estética, maxilofacial), desarrollándose técnicas altamente sofisticadas (v. gr., cateterismos, incorporación de prótesis, trasplante de órganos) e incorporándose procedimientos no invasivos, múltiples pruebas y técnicas que han supuesto una mejora en la calidad de vida de la población, y a la postre un aumento de la esperanza de vida. Sin embargo, también ha venido acompañado de unas mayores expectativas de la población general y de una falsa imagen de que la Medicina "puede con todo". Todo ello ha sido motivo de un creciente número de demandas en la asistencia sanitaria, que, además, van acompañadas de cuantiosas indemnizaciones para la reparación del daño causado.

El mencionado incremento de demandas formuladas frente al personal sanitario también tiene su origen en otros aspectos, como es el mayor conocimiento de los derechos por parte de los pacientes y la despersonalización que ha experimentado la Medicina al ser practicada en grandes centros sanitarios (que conlleva un cambio en la forma de relacionarse, más distante y profesional, y con ello una pérdida de confianza e intimidad en la relación médico paciente).

Una de las razones que despertó mi interés y me llevó a la elección del tema objeto de este trabajo es este incremento de las reclamaciones en materia de responsabilidad médica. No obstante, he de decir que aún así me ha sorprendido el tema por el aumento tan continuado de demandas en este campo, y que además ha supuesto un elevado esfuerzo para poder revisar la abundante jurisprudencia al respecto.

Parece obvio que se requiera una mayor exigencia de las responsabilidades en los profesionales sanitarios, sobre todo si se tiene en cuenta que la actuación diaria de estos profesionales incide de manera directa en la vida, la integridad física y psíquica de las personas. Sin embargo, el constante avance tecnológico y científico genera en los profesionales la necesidad de especialización y/o de acumular mayores conocimientos y habilidades para poder realizar un correcto desempeño de su actividad profesional, lo que adquiere gran relevancia en la práctica diaria.

El supuesto concreto del error diagnóstico es un problema más frecuente de lo esperado y que está infravalorado por la profesión médica. Un estudio realizado en el año

2000 por el *Institute of Medicine* de Estados Unidos reveló que el error diagnóstico está presente entre el 6% y el 17% de los eventos adversos ocurridos en los hospitales¹.

La metodología para la confección de este trabajo se basa en el estudio de la normativa aplicable en materia de responsabilidad civil, constatando una ausencia de normativa específica en sede de responsabilidad sanitaria. El análisis de los distintos aspectos referentes a la responsabilidad médica se ha hecho desde un panorama doctrinal y jurisprudencial, a través de la lectura de monografías sobre Derecho Sanitario, revisión de artículos doctrinales en revistas científicas y búsqueda y análisis de jurisprudencia en base de datos.

El objetivo de este trabajo consiste en identificar los aspectos de una actuación médica no diligente y sus consecuencias. Para ello se ha estructurado en varios apartados que, a su vez, se dividen en subapartados, abordando primero la institución de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario desde una perspectiva general para llegar al tema concreto objeto de este trabajo, esto es, la responsabilidad civil que se origina como consecuencia de un error o retraso en el diagnóstico médico.

En síntesis, el trabajo versa sobre las distintas opciones en la relación médico-paciente en función de la existencia o no de un vínculo contractual, de la relación preexistente entre el médico, paciente y centro sanitario, o de la necesidad terapéutica asistencial, diferenciando entre medicina curativa y satisfactiva. Se ha realizado un examen de la responsabilidad del facultativo en el acto médico mediante un análisis de cuáles son las obligaciones del médico y las consecuencias de una mala praxis para determinar la responsabilidad del mismo. Los deberes médicos se han estudiado desde el enfoque de una conducta ajustada a la *lex artis ad hoc*, determinada por las obligaciones que se extraen de la legislación existente en materia sanitaria y por la interpretación jurisprudencial al respecto. Posteriormente se trata en profundidad el tema de la responsabilidad civil que se deriva concretamente del error o retraso diagnóstico, y cuáles son los criterios para la imputación de responsabilidad, así como sus características particulares. Por último se exponen las conclusiones extraídas del trabajo.

2. LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE: SU NATURALEZA JURÍDICA

2.1. LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La relación médico-paciente se ha concebido tradicionalmente como una relación interpersonal entre profesional sanitario y enfermo con connotaciones éticas, humanas y sociológicas. Sin embargo, el devenir hacia la sociedad de consumo y la especialización de la Medicina han transformado esta originaria situación. Concretamente, en el ámbito sanitario hay factores que dificultan una calificación de las relaciones que pueden darse

¹ SIERRA R.: “El error diagnóstico, un problema infravalorado”, 19 Octubre de 2015, Madrid. *Vid.* <http://www.diariomedico.com/2015/10/19/area-profesional/gestion/el-error-diagnostico-un-problema-infravalorado> - Fecha Consulta 16/04/2017

entre los distintos actores que intervienen en el curso de una asistencia sanitaria. Para su clarificación, estos factores pueden agruparse en cuatro grandes líneas: a) una excesiva especialización por parte de los profesionales y auxiliares de la salud; b) la complejidad de los nuevos tratamientos que requieren centros sanitarios equipados con mayor tecnología y unidades de referencia; c) el ingreso en este campo de las compañías de seguro, ya sea con centros propios o no; d) la práctica, cada vez más habitual, de contratos de asistencia sanitaria entre el paciente y centro hospitalario/clínica².

La prestación de servicios médicos se puede realizar atendiendo a distintas modalidades contractuales, existiendo diferentes vínculos en virtud de los cuales se presta la asistencia sanitaria, y que, a su vez, generan relaciones singulares con connotaciones distintas. Por ello es necesario hacer una valoración de distintos aspectos que son relevantes en materia de responsabilidad civil sanitaria:

- A) Determinar el nexo concurrente en la relación médico-paciente según exista o no un contrato previo; es decir, diferenciar si la obligación nace de un vínculo contractual³ o extracontractual⁴. En función de ello la vulneración de los deberes médicos genera una responsabilidad que se puede sustanciar en una infracción del art. 1101 del CC (en el caso de que exista una relación contractual) o del art. 1902 CC (si se determina una relación extracontractual). La jurisprudencia sostiene que el perjudicado puede optar entre ambas acciones, bien alternativa o subsidiariamente, cuando “el hecho causante del daño sea al mismo tiempo, incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro”⁵. No obstante, en las relaciones contractuales es necesario identificar adecuadamente al sujeto responsable en función del contrato (clínica, seguro médico, facultativo...), así como aquellos matices que pueden ser determinantes para establecer una responsabilidad contractual o extracontractual⁶.
- B) Establecer cuál es la naturaleza de la relación contractual, determinando si el contrato es un arrendamiento de servicios o un arrendamiento de obra, y si con ello

² PARRA SEPÚLVEDA, D.: *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa* (tesis doctoral), Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 16-28. Disponible en http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf?sequence=1- Fecha consulta 15/12/2016

³ Existe una relación obligatoria previa entre el perjudicado y el causante del daño basada en el art. 1101 del CC: “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurran en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contraviniere al tenor de aquéllas”.

⁴ Cuando no exista una relación contractual previa entre el perjudicado y el causante del daño, se tendrá que recurrir a la responsabilidad aquiliana del art. 1902 del CC: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, esa obligado a reparar el daño causado”.

⁵ MONTERROSO CASADO, E: “Diligencia médica y responsabilidad civil”, Premio Magistrado Ruiz Vadiollo, pp. 2-3. Disponible en

<http://asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF>

⁶ Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009/536). En ella se determina que la responsabilidad de la aseguradora de servicios médicos es contractual, pero la del personal o profesionales sanitarios que la aseguradora emplea es extracontractual.

se genera una obligación de medios o de resultados. Atendiendo a la naturaleza jurídica de la obligación médica, la doctrina hace una distinción entre la medicina curativa y la medicina satisfactiva, tema que será tratado más ampliamente en el epígrafe siguiente.

- C) Determinar la existencia de una responsabilidad directa o indirecta⁷, en función de si la culpa es propia o de un tercero. En la responsabilidad directa la reparación del daño se exige de manera directa al causante del daño, ya sea en el marco de una relación contractual o extracontractual. Pero la responsabilidad civil médica también contempla la posibilidad de reclamar por hecho ajeno ante un tercero⁸, en cuyo caso debe existir una relación de subordinación o dependencia⁹ entre el principal y el causante del daño, en virtud del art. 1903 del CC¹⁰. Así pues, el titular de una clínica responderá de los perjuicios sufridos por los defectos de organización y por los daños que pudieran ocasionar sus dependientes o auxiliares en el cumplimiento de los servicios contratados, con independencia de su pertenencia o no al centro. En los daños causados en él ámbito de la sanidad pública se reconoce la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por el personal a su servicio¹¹.

⁷ ASÚA GONZALEZ, C. I.: “Marco normativo y jurisprudencial”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.) et al: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, S.A., 2014, pp. 6-7.

⁸ *Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/251)*: Refleja la responsabilidad contractual de una entidad aseguradora por un daño que ocurre en el curso de la prestación de servicios médicos, donde la aseguradora debe responder, ya sea por concurrir culpa in eligendo o por tratarse de responsabilidad por hecho de tercero. Por su parte, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 14 de noviembre de 2008 (RJ 2008/14) establece que se puede incurrir en responsabilidad basada en el art. 1903 del CC por un funcionamiento defectuoso de un servicio sanitario.

⁹ *Vid. STS (Sala de lo Civil) de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001/3986)*: Se afirma la responsabilidad del centro sanitario por la omisión del personal facultativo de las exploraciones aconsejadas por la lex artis. Se estima la responsabilidad de la clínica al existir una relación de dependencia laboral o funcional entre ella y el médico que realizó la intervención que causó los daños.

¹⁰ Artículo 1903 del Código Civil “*La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía. Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias. La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*”.

¹¹ Art. 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público “*Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio*”

2.1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA: MEDICINA CURATIVA VERSUS MEDICINA SATISFACTIVA

En este punto, tal y como revela la jurisprudencia, resulta fundamental delimitar las obligaciones médicas derivadas de una medicina curativa o de una medicina satisfactiva¹². En el primer caso, el propósito médico es la curación de un proceso patológico, y para ello el profesional se compromete a poner todos los medios a su alcance a disposición del paciente para conseguir la curación del mismo, pero sin obligarse a garantizar que se produzca el resultado esperado. Para el caso de la medicina satisfactiva, la intervención médica no consiste en lograr la salud del paciente, sino que el paciente se guía por la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional; por tanto, la labor del médico no consiste en curar, sino en realizar una intervención para obtener un resultado específico¹³.

Tradicionalmente se ha entendido la prestación médica como una obligación de medios, donde el profesional queda obligado a proporcionar al enfermo todos los cuidados necesarios que éste requiera, según el estado de la Ciencia y la denominada *lex artis ad hoc*, pero el médico no se obliga a garantizar que se vaya a producir el resultado esperado. Como excepción al supuesto anterior se encuentra la medicina voluntaria o satisfactiva, donde el facultativo no actúa sobre un cuerpo enfermo sino sobre uno sano, y en cuyo caso el objetivo es mejorar el aspecto externo de un paciente (cirugía estética, ortodoncia) o eliminar la capacidad reproductora del sujeto (vasectomía, salpingiectomías). En estos casos la prestación médica se asemeja más a una obligación de resultado¹⁴.

Hay una nutrida jurisprudencia declarando que la obligación del profesional médico no es la de obtener la recuperación del enfermo, considerándose como una obligación de medios¹⁵, con naturaleza de contrato de arrendamiento de servicios¹⁶, en la cual el profesional queda obligado a proporcionar al enfermo todos los cuidados que éste requiere, en consonancia con el estado de la Ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*¹⁷.

¹² *Vid.* SSTS (1ª) de 4 de marzo de 2011 (RJ 2011/2633), que refleja diferencias en la responsabilidad médica en función de que el acto médico esté vinculado a una intervención necesaria/asistencial o voluntaria/satisfactiva, estableciendo mayores exigencias en el contenido de la información que debe darse en la medicina satisfactiva; STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006/5482), que considera el reconocimiento de un plus de responsabilidad en la medicina satisfactiva ya que esta debe centrarse en conseguir el resultado pactado, mientras que en la medicina asistencial el criterio de diligencia se valora en proporcionar los medios necesarios para intentar conseguir el mejor resultado posible.

¹³ BELLO JANEIRO, D.: “Sentencia de 23 de Octubre de 2008: Fecundación in vitro. Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Técnica casacional. Obligación de medios o de resultado. Medicina curativa y satisfactiva. Aplicación de la Ley de Consumidores a los servicios sanitarios. Resultado desproporcionado. Consentimiento informado”, en *Revista Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009, pp. 779-806.

¹⁴ BELLO JANEIRO, D. (Coord.) et al: *Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria*, 1ª Ed., Editorial REUS S.A., Madrid, 2013, pp. 72-73.

¹⁵ *Vid.* STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010/138), que establece que la responsabilidad del médico es de medios y por lo tanto, no se puede garantizar un resultado concreto.

¹⁶ Art. 1544 CC: “En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”.

¹⁷ Son múltiples las sentencias que se pronuncian en tal sentido, entre las que cabe destacar las SSTS de 26 de mayo de 1986 (RJ 1986/2824) y 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3984).

No obstante, la doctrina ha tenido en cuenta otro matiz para apreciar la responsabilidad civil del profesional sanitario basándose en la diferencia sobre la naturaleza contractual de la prestación en la medicina curativa y satisfactiva. Si bien en la medicina asistencial el médico no se obliga a la curación del paciente sino a poner a su disposición los medios necesarios para su curación, originando una obligación de medios o actividad, en la medicina satisfactiva o voluntaria el contrato de arrendamiento de servicios se aproxima al de un contrato de obra¹⁸ entre médico-paciente, generándose la obligación de conseguir el resultado pactado. Esta doctrina ha admitido la existencia de un contrato de obra en casos de medicina satisfactiva (como son los casos de cirugía estética, reparadora o reproductora), al entender la existencia de una relación contractual con obligación de obtener el resultado esperado; por lo tanto, la no obtención del resultado fijado derivaría en una responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso¹⁹.

Dicho todo esto, debe reseñarse que la doctrina actual considera la actividad sanitaria como de medios sin apreciar diferencia alguna en función de la especialidad médica²⁰. Es más, la última línea jurisprudencial asienta que la responsabilidad del profesional médico es de medios, incluso en la medicina voluntaria²¹, y como tal no se puede garantizar un resultado concreto, salvo pacto expreso del mismo. Consecuentemente, y atendiendo a esta línea, no sería factible mantener una distinción entre obligación de medios y de resultados en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, ya sea medicina voluntaria/satisfactiva o necesaria-asistencial²², sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar físico, psíquico y social²³. Pero en realidad sí que subyace una diferenciación en ambas modalida-

¹⁸ *Vid.* SSTS 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073), de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2001/2711), 22 de julio de 2003 (RJ 2003/5391). En todas ellas se establece que el contrato de arrendamiento de servicios impone al médico una obligación de medios, pero que en la medicina satisfactiva hay supuestos donde se intensifica la consecución del resultado perseguido, lo cual se aproxima al contrato de arrendamiento de obra.

¹⁹ La STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004/1668) señala que “cuando se produce la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva el paciente es cliente y la obligación es de resultado por ubicarse el acto médico en una especie de locatio operis”. Por su parte, la STS de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997/940) estima la responsabilidad del médico por incumplimiento o cumplimiento defectuoso, al no conseguir el resultado esperado y existir una relación contractual que deriva de un contrato de obra.

²⁰ La STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015/641) establece que tanto en la medicina necesaria como voluntaria la obligación es de medios. No obstante, en la medicina satisfactiva se intensifica el deber de información que se debe procurar al paciente, para evitar que se silencien los riesgos excepcionales, ante cuyo conocimiento el paciente podría haber decidido no someterse a una intervención innecesaria.

²¹ *Vid.* STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 13 de abril de 2016 (RJ 2016/1495) donde se establece que una cirugía estética o plástica no conlleva la garantía de resultado, ya que no se prometió el resultado, y además la información al paciente fue correcta y suficiente.

²² AÑÓN CALVETE, J.: “Criterio de imputación en la responsabilidad médica”, en *Noticias Jurídicas, Civil, Conocimiento*, 27/05/2015. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10678-participe-por-titulo-lucrativo/>

²³ La STS de 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010/5155) determina que no es posible distinguir entre obligación de medios o resultados, salvo que el resultado se pacte o garantice, ni siquiera en los supuestos de medicina

des de Medicina; se trata de la relevancia que cobra el derecho/deber de información en el concreto ámbito de la medicina satisfactiva. Es doctrina asentada que en ésta se intensifica el deber de información hacia el paciente²⁴.

2.2. EL CONTRATO MÉDICO-PACIENTE EN LA PRÁCTICA DE LA ASISTENCIA SANITARIA

La opción más común en la asistencia sanitaria es la reflejada en un contrato médico-paciente, en el que ambos perfeccionan un contrato en virtud del cual el facultativo se compromete a prestar sus servicios profesionales al paciente, y éste a satisfacerle sus honorarios. Dicho contrato no tiene que ser solemne ni formal, pudiendo ser hasta verbal. Las obligaciones que emanan del contrato celebrado entre médico-paciente se tienen que circunscribir al pacto realizado, y para ello es de gran relevancia determinar si la responsabilidad médica se genera a través de una obligación de medios o de resultados, y consecuentemente, si se encuadra dentro de una medicina asistencial o satisfactiva²⁵, lo cual conllevará las obligaciones adquiridas por el facultativo en la prestación sanitaria.

El contrato de hospitalización se genera cuando el paciente acude a un centro asistencial para recibir íntegramente la prestación sanitaria, correspondiendo en este caso a la clínica la designación del personal sanitario que atenderá al paciente, así como la infraestructura del servicio a utilizar. La obligación contractual, ya sea de medios o de resultados, es asumida por la clínica y esta deberá responder por los daños y perjuicios provocados al paciente, que le serán imputados directamente al titular del centro médico²⁶. También responderá de los perjuicios sufridos por los defectos de organización y por

satisfactiva, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar físico, psíquico y social.

Asimismo, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud como “*un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

²⁴ SAP Valencia de 11 de marzo de 2005 (JUR 2005/131307) y STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 3 de febrero de 2015 (RJ 2015/641). En este sentido es bastante clarificadora la STS de 23 de mayo de 2007 (RJ 2007/4667) “*el deber de información en la medicina satisfactiva (...), debe ser una información objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia*”.

²⁵ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: *La responsabilidad Civil*, 3^a Ed., Colex, Madrid, 2004, p. 230.

²⁶ Esta selección de sentencias refleja este sentido:

La STS (Sala de lo Civil) de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994/7465) estima la responsabilidad del centro (concertado por Instituto Nacional de la Salud INSALUD) por no atender adecuadamente a un paciente, imputando los daños a la falta de medios materiales o personales y a una deficiente organización; el centro médico era concertado con INSALUD, a quien también se le imputa responsabilidad por entreverse la culpa “in eligendo”.

La STS (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 1997 (RJ 1997/3874) resuelve un litigio fallándose la responsabilidad del centro sanitario por los daños causados por las omisiones en la organización y planificación del centro, y que causaron un retraso en la atención sanitaria.

La STS (Sala de lo Civil) de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4114) aprecia la responsabilidad del centro sanitario por incumplir su obligación de mantener unas adecuadas condiciones de higiene y asepsia en el instrumental.

los daños que pudieran ocasionar sus dependientes o auxiliares en el cumplimiento de los servicios contratados, con independencia de su pertenencia o no al centro²⁷. Sin embargo, en el contrato de hospitalización existe una modalidad que permite al cliente contratar la asistencia sanitaria con un médico específico y pactar con la clínica la prestación de otros servicios no médicos. En este caso, el centro sanitario no responderá de los daños y perjuicios producidos por los actos médicos practicados en sus instalaciones²⁸.

Una práctica cada vez más habitual es la concertación de seguros de asistencia sanitaria donde la relación contractual es entre cliente y compañía aseguradora. Así, la entidad aseguradora pone a disposición de sus asegurados un catálogo de profesionales sanitarios y centros sanitarios (que pueden ser propios o concertados) a cambio del pago periódico de una prima por el paciente²⁹. En este caso, a veces, es difícil determinar de manera nítida cuales son las obligaciones que asume la empresa aseguradora con su cliente (si se asume el pago de los profesionales que intervienen en el proceso y el coste de los centros hospitalarios, o si la compañía aseguradora se obliga a la prestación sanitaria realizando una subcontrata con otros profesionales y centros sanitarios³⁰). No obstante, parece lógico considerar una relación contractual con la entidad aseguradora, sin perjuicio de la posibilidad que asiste al paciente de reclamar directamente al profesional sanitario³¹, al amparo del artículo 1902 del CC, por el daño causado. Por último, no se puede olvidar la existencia de una atención médica que surge al margen de todo vínculo jurídico previo, y que conlleva una responsabilidad extracontractual. Son situaciones particulares, pero frecuentes en la profesión médica, como son casos de urgencia en vía pública o fuera del centro de trabajo³², atención a persona inconsciente sin compañía de

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de enero de 2001 (RJ 2001/5377) determina la responsabilidad del centro sanitario por no adoptar las medidas de seguridad adecuadas ante un riesgo que era previsible.

²⁷ *Vid. STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001/3986): responsabilidad del centro sanitario por la omisión, por parte del personal médico, al existir una relación de dependencia laboral o funcional entre ella y el médico que realizó la intervención que causó los daños.*

²⁸ *Vid. STS (Sala de lo Civil) de 23 de diciembre de 2003 (RJ 2003/914): Se exonera el centro sanitario, donde se practicó una intervención considerada lesiva, al no constatarse una relación de dependencia entre el personal sanitario y el centro, ya que la clínica se limitaba a poner a su servicio las instalaciones mediante un contrato de hospitalización.*

²⁹ PARRA SEPÚLVEDA, D., *op. cit.*, pp. 23-24.

³⁰ *Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1^a) de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004/606): Se estima la responsabilidad de la entidad aseguradora ya que esta debe asumir los gastos médicos, la efectiva prestación de la asistencia sanitaria y los medios a utilizar en las condiciones de la póliza. La persona asegurada no tiene libre elección de médico ya que la compañía limita la elección del centro y profesionales a lo que esta ofrece.*

³¹ *Vid. STS de 19 diciembre de 2008 (RJ 2009/536): la responsabilidad de la aseguradora de servicios médicos es contractual, pero la personal de los profesionales sanitarios que la aseguradora emplea es extracontractual.*

³² Los artículos 195 y 196 del Código Penal establecen el imperativo legal de asistencia a cualquier persona que se encuentre en situación de urgencia vital o quasi-vital.

Art. 195: “1. *El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.* 2. *En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.* 3. *Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pe-*

familiares que puedan prestar el consentimiento debido, servicios prestados en contra de la voluntad del paciente, etc. En estos supuestos se hace imprescindible acudir a la teoría del consentimiento presunto, esto es, el que daría el paciente en la hipótesis de encontrarse capacitado para ello³³.

3. LOS DEBERES MÉDICOS

3.1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DEBERES MÉDICOS

Los deberes médicos comenzaron siendo una obligación ética recogida en los distintos códigos deontológicos³⁴ de la profesión. Sin embargo, estos se advienen al mundo del Derecho al concretarse la existencia de una relación jurídica médico-paciente, incorporándose al ordenamiento jurídico como auténticas obligaciones legales, que surgen con independencia de que la relación médico-paciente tenga su origen en una relación contractual o extracontractual³⁵.

En la actualidad no se puede hablar de deberes médicos sin traer a colación los derechos del paciente ya que van íntimamente ligados. A lo largo de las últimas décadas se han ido gestando los derechos de los pacientes y, de manera prácticamente simultánea, se han ido conformando los deberes médicos. El primer antecedente de relevancia lo encontramos en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad³⁶, donde se establecía ya por entonces la necesidad del obtener el consentimiento escrito previamente a cualquier intervención. Una década después, en 1997, se celebra el Convenio de Oviedo³⁷, y con él aparece el primer instrumento internacional, y jurídicamente vinculante, que reconoce derechos a los pacientes en distintos aspectos, como son el derecho a la

na será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años”.

Art. 196: “*El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.*

³³ Para el caso de consentimiento presunto se argumenta la existencia de una responsabilidad extracontractual, como así lo establece en el derecho de daños CADENAS SOBREIRAS, M. A.: “Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de la competencia de la jurisdicción civil”, en BELLO JANERO, D. (Coord.) et al: *Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2013, p. 53. También se establece una relación extracontractual entre médico-paciente cuando los servicios médicos se prestan contra la voluntad del paciente, como sería el caso de la atención a un suicida que rechaza el auxilio médico.

³⁴ Entre otros cabe citar: Juramento Hipocrático, Declaración de Helsinki o Código ético de la Asociación Médica Mundial, Código Internacional de Nuremberg, Declaración del Comité Permanente de Médicos de la CEE y Código deontológico de la Organización Médica Colegial (OMC).

³⁵ LLAMAS POMBO, E.: *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, 1^a edición, Editorial La Ley, Madrid, 2014, p. 43. Así lo concreta LLAMAS POMBO aludiendo a que, cuando los deberes surgen de una relación contractual médico-paciente, aquellos son contenido natural del contrato y se les denomina por la doctrina como deberes *ex officio*; y cuando la relación es extracontractual los deberes penetran en la relación médico-paciente a través de la antijuricidad.

³⁶ BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986. Vigente en la actualidad tras numerosas revisiones.

³⁷ BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, Instrumento de ratificación del 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 (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), hecho en Oviedo, el 4 de abril de 1997. En vigor desde 1 de enero del 2000.

información, a un consentimiento informado o a la intimidad de la información relativa a la salud de las personas. Con posterioridad, surge numerosa legislación³⁸ a tener en cuenta para poder conformar los derechos del paciente, y por ende, determinar los deberes médicos. Pero sin duda alguna la más relevante es 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 clínica³⁹ (también conocida como *Ley de autonomía del paciente*).

En íntima conexión con los deberes médicos se encuentra el instituto de la responsabilidad civil. Así, en el ámbito sanitario resulta de gran relevancia determinar la existencia o no de culpa para poder establecer la responsabilidad civil del médico. Dada la importancia del elemento culpa, este aspecto será desarrollado con mayor amplitud en otro epígrafe de este trabajo. No obstante, y a modo introductorio, es preciso saber que el régimen de responsabilidad civil consagrado en nuestro ordenamiento jurídico se asienta sobre la culpa. Surge pues, la necesidad de señalar, con carácter previo, cuáles son los criterios que condicionan una actuación médica como negligente o culposa, o dicho de otro modo, cuáles son los estándares que se exigen en el desarrollo de la profesión médica.

El art. 1104 del CC⁴⁰ establece los criterios generales para considerar cualquier actuación como negligente, sin que se pueda apreciar una diferencia de criterios por razones especiales o técnicas. El modelo del buen padre de familia es considerado como un criterio estándar, pero es obvio que precisa de una adaptación a las particularidades del ámbito sanitario, considerándose como patrón general de conducta diligente la del buen profesional de la medicina. Así surgen los llamados deberes médicos, que integran la denominada *lex artis ad hoc*, y que se constituyen como un parámetro de comparación específico para la profesión sanitaria. La *lex artis ad hoc* se concibe como un criterio de valoración que permite apreciar un concreto acto médico, teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del acto, así como la influencia de otros factores, y poder calificar dicho acto de ajustado o no a la técnica normal requerida⁴¹. El Tribunal Supremo considera la *lex artis ad hoc* como el deber del facultativo de “*tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarro-*

³⁸ Entre otras: Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm 55, de 4 de marzo de 2010); Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 227, de 22 de septiembre de 2015); Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015).

³⁹ BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002.

⁴⁰ Art. 1104 del CC “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*”.

⁴¹ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, pp. 39-42.

lla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor, del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo- o exógenos -la influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida^{A2}.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reflejado la imposibilidad de concretar una única obligación en el desarrollo de la actividad médica, ya que son múltiples los deberes que emanan del acto médico. En este sentido, la jurisprudencia hace una aproximación al contenido de la obligación de medios que debe emplear el médico, y considera como deberes imputables al médico los siguientes: a) utilizar cuantos remedios conozca la Ciencia Médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que su actuación se rija por la denominada *lex artis ad hoc*; b) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, tratamiento, pronóstico y posibles riesgos derivados, informando incluso del caso de no disponer de suficientes medios terapéuticos, para dar la opción al paciente y familiares de poder elegir un centro más adecuado; c) continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiendo de los riesgos en caso de abandono del tratamiento; d) en el caso de enfermedades crónicas, informar al paciente sobre la necesidad de someterse a los controles y tratamientos necesarios en prevención del un agravamiento de su afección⁴³.

Por lo tanto, los deberes inherentes a la profesión médica se deben considerar desde una perspectiva multiobligacional, utilizando la siguiente clasificación⁴⁴ para su mejor estudio:

- Deberes relacionados con la información.
- Deberes relacionados con la competencia profesional.
- Deberes de asistencia.
- Deber de certificación.

⁴² *Vid. STS de 23 de septiembre de 2004 (RJ 2004/5890). En el mismo sentido encontramos la STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073) que establece una actuación médica conforme a la *lex artis ad hoc* “en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y de las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar médico, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente, y en su caso, la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital transcendencia que, en muchas ocasiones, reviste para la enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo”.*

⁴³ *Vid. STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073)*

⁴⁴ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, pp. 44-55.

3.2. DEBERES RELACIONADOS CON LA INFORMACIÓN

El paciente tiene derecho a recibir la información correspondiente sobre cualquier proceso que afecte a su salud, lo que conlleva un deber del médico o institución sanitaria a proporcionársela. Dentro de este grupo de deberes encontramos el relativo a la información (con su consiguiente consentimiento informado) y el de secreto profesional.

3.2.1. EL DEBER DE INFORMACIÓN

La información que debe darse para obtener válidamente el consentimiento del paciente ha de incluir la información referente al diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios. El médico debe “*informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los rasgos que del mismo puedan derivarse, especialmente si es quirúrgico, y si los medios disponibles fuesen insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia para permitir la opción del paciente por otro centro mas adecuado*”⁴⁵.

Con carácter general, en la medicina asistencial se debe informar de los riesgos típicos o frecuentes⁴⁶. No obstante, y como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia establece una mayor rigurosidad en la información que se debe ofrecer para el caso de la medicina satisfactiva, considerando que aquella debe ser objetiva, veraz, completa y asequible, y además debe comprender las posibilidades de fracaso de la intervención. Y ello porque la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa⁴⁷. El Tribunal Supremo considera que se debe ofrecer información sobre la posibilidad y probabilidad de no obtener el resultado, y sobre cualquier tipo de lesión o complicación que pudiese aparecer, ya sea permanente o temporal, típica o atípica, y no se deben silenciar los riegos

⁴⁵ *Vid. STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073)*

⁴⁶ *Vid. STS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4767): “no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria”.*

⁴⁷ La STS 29 de octubre de 2004 (RJ 2004/7218) observa que “la información proporcionada no fue oportuna y razonable en relación con la intervención y el usuario, pues no se le pusieron de relieve los eventuales riesgos previsibles e incluso frecuente, para poder ser valorados por el mismo, y con base en tal conocimiento prestar su asentimiento o conformidad o desistir de la operación, y ello era tanto más relevante si se tiene en cuenta que se trataba de una intervención quirúrgica, y de un supuesto de los que se denominan de medicina voluntaria en los que la libertad de opción por parte del cliente es evidentemente superior a la que tienen los pacientes sometidos a la medicina necesaria o curativa”. También cabe destacar la STS de 25 de abril de 1994 (RJ 1994/3073), que establece que “una de las consecuencias del carácter satisfactivo del acto médico quirúrgico, en consonancia con la elevación del resultado a criterio normativo de la obtención de un resultado (...), una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del riesgo inherente a la intervención, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención”.

excepcionales, ante cuyo conocimiento el paciente podría haber optado por otra elección⁴⁸.

La información ha de ser clara, comprensible y adaptada a la capacidad de entendimiento del paciente o sus familiares⁴⁹, atendiendo a la dificultad para entender términos técnico-científicos. Por tanto, el paciente tiene derecho a recibir una información exhaustiva, que sea suficiente, y contar con datos claros y precisos sobre la intervención que le permitan decidir (a través de su consentimiento informado) sobre si someterse o no al tratamiento que se le propone⁵⁰.

Llegados a este punto, cabe reseñar que la información para conformar el consentimiento informado ha de ser la necesaria, considerando como tal, aquella información que sea suficiente para que el paciente pueda adoptar la decisión más acorde con sus intereses; y, en todo caso, esta información debe ser correcta, veraz y leal⁵¹.

En los casos en que se debe recabar el consentimiento escrito, esto es, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y procedimientos que supongan un riesgo notorio o una previsible repercusión negativa en la salud del paciente, la información básica será la siguiente (ex art. 10 Ley 41/2002):

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.

Por último, y muy brevemente, señalar que existen situaciones excepcionales (urgencia vital o privilegio terapéutico) en las que el deber de información no se puede desarrollar en sentido estricto si se desea el beneficio del paciente, lo que no obsta para ofrecer la información oportuna en un momento posterior.

3.2.2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Consecuencia lógica del deber de información por parte del profesional sanitario es el denominado consentimiento informado. Dado que en la asistencia sanitaria se puede afectar la integridad física de la persona, el paciente tiene derecho a decidir, consintiendo o rehusando, sobre toda intervención efectuada en su propio cuerpo. Si bien el

⁴⁸ STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/5371).

⁴⁹ STS de 2 de noviembre de 2008 (RJ 2008/731) y STS de 4 de abril de 2000 (RJ 2000/3258).

⁵⁰ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, p. 49.

⁵¹ *Vid.* STS de 27 de abril de 2001 (RJ 2001/6891).

art. 15 de la CE⁵² no tiene referencia expresa al consentimiento informado, la vulneración del derecho a ser informado se puede situar dentro del derecho fundamental a la integridad física y moral. Tal es así, que el máximo intérprete de nuestra Constitución eleva el consentimiento informado a categoría de derecho fundamental derivado⁵³.

La Ley 41/2002, en su artículo 3, define lo que se debe entender por consentimiento informado: “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifiesta en el pleno uso de sus facultades después de la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*”. A ello hay que añadir los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales al respecto⁵⁴.

Por regla general, el consentimiento puede prestarse verbalmente, aunque por su efecto “*ad probationem*” parece aconsejable recabar el consentimiento escrito del usuario o paciente. También hay que destacar la importancia de reflejar los procesos de información oral y consentimiento verbal en la historia clínica del paciente a efectos probatorios. No obstante lo dicho, el artículo 8 de la Ley 41/2002 establece supuestos concretos en los que dicho consentimiento debe prestarse por escrito, a saber: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores, y en general, todos aquellos procedimientos que supongan un riesgo notorio o una previsible repercusión negativa en la salud del paciente.

Para que un consentimiento sea válido el usuario debe obtener la información en pleno uso de sus facultades. De hecho, la capacidad para poder prestar el consentimiento es la capacidad natural (aptitud mínima para comprender la situación, poder asumirla y tomar una decisión al respecto). La normativa vigente establece como límite de edad para prestar el consentimiento informado en los dieciséis años, elevándose a los dieciocho años para los casos de intervenciones sobre interrupción voluntaria del embarazo, práctica de ensayos clínicos y técnicas de reproducción humana asistida⁵⁵.

Pero, además, en la asistencia sanitaria existen múltiples situaciones en las que se produce un deterioro del estado físico o psíquico del paciente, y que privan al usuario de su capacidad para entender la información recibida, o que producen una merma de su capacidad de discernimiento, y por lo tanto, le impiden emitir su consentimiento de ma-

⁵² Artículo 15 de la CE: “*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*”.

⁵³ Vid. STC de 28 de marzo de 2011 (RTC 2011/37).

⁵⁴ Vid. SSTS de 9 de mayo de 2014 (RJ 2014/2716); de 13 de mayo de 2011 (RJ 2011/32796); de 3 de enero de 2012 (RJ 2012/8); de 27 de abril de 2011 (RJ 2011/6891) y 29 de mayo de 2003 (RJ 2003/3916).

⁵⁵ Se establecen excepciones a la edad de dieciséis años para prestar el consentimiento informado en el art. 9 de la Ley 41/2002; en la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo; y en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

nera consciente, voluntaria y libre⁵⁶. La norma recoge para los casos de incapacitados legalmente, y para aquellos casos donde el estado físico y/o psíquico del paciente no permite obtener directamente su consentimiento, el consentimiento por representación.

3.2.3. EL SECRETO PROFESIONAL

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental, reconocido en el art. 18 de la CE⁵⁷, y que encuentra su respaldo civil en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen⁵⁸, considerando el derecho a la intimidad como irrenunciable, inalienable e imprescriptible. Debe añadirse que esta Ley considera como intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona que hayan sido conocidos a través de su actividad profesional⁵⁹.

El sanitario tiene el deber de guardar secreto profesional, y esta obligación de confidencialidad afecta a todos los profesionales de la salud, ya sean sanitarios o no. No obstante, el secreto médico puede tener sus excepciones atendiendo a supuestos de salud pública o de daño a terceros.

El máximo interprete de nuestra Constitución, en referencia a los datos de salud, considera que “*los datos relativos a la enfermedad de una persona se enmarcan dentro de los acontecimientos o sucesos propios de la vida privada de un individuo, calificándolos como datos íntimos y por lo tanto susceptibles de ser preservados del conocimiento ajeno si el sujeto así los desea*”⁶⁰; y que “*el derecho a la intimidad comprende la información relativa a la salud física y psíquica de una persona y queda afectado cuando se accede a esa información sin el consentimiento del paciente, o incluso accediendo de forma legítima se divulga o se emplea lo conocido sin el consentimiento del interesado, o sin el respeto a los límites de ese consentimiento*”⁶¹.

Además de la referida Ley 1/1982, de Protección al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen, encontramos legislación específica que afecta al personal sanitario de manera directa, a saber: a) La Ley 14/1986, General de Sanidad, que refleja este deber de secre-

⁵⁶ La SAP de Ourense de 8 de noviembre de 1997 (AC 1997/2311) aprecia la invalidez de un consentimiento informado al ofrecerse éste bajo los efectos de una medicación preanestésica, la cual afecta a la capacidad de comprensión y decisión del paciente.

⁵⁷ Artículo 18 CE “*1.Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.2.El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3.Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.4.La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos*”.

⁵⁸ BOE núm 115, de 14 de mayo de 1982. Artículo 1.3: “*El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley*”.

⁵⁹ Art. 7.4 de la Ley 1/1982 “*La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*”.

⁶⁰ Vid. STC de 29 de junio de 2009 (RTC 2009/159).

⁶¹ Vid. STC de 23 de marzo de 2009 (RTC 2009/70).

to profesional pero desde el ámbito de los derechos del paciente, estableciendo que éste tiene derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso de salud⁶²; b) la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que en su art. 5.1.c) recoge la obligación de respetar la intimidad de las personas al cuidado del personal sanitario⁶³.

Por último, reseñar que existe un acceso a los datos de salud, no sólo de los profesionales, sino también por personal en formación e investigación de diversos sectores sanitarios, o vinculados a él. Esto ha promovido la creación reciente de una Orden Ministerial (Orden SSI/81/2017, de 19 de enero, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, por el que se aprueba el protocolo mediante el que se determinan pautas básicas destinadas a asegurar y proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud)⁶⁴, que establece pautas comunes de actuación que garantizan el respeto de los derechos del paciente también por el personal en formación e investigación.

3.3. DEBERES RELACIONADOS CON LA COMPETENCIA PROFESIONAL

La Ciencia Médica es de gran complejidad y se encuentra en continuo cambio y progreso. Esto hace inalcanzable para cualquier facultativo tener un conocimiento absoluto y general sobre cualquier especialidad de Medicina. Es por ello, que el médico debe ejercer su profesión dentro de su campo competencial, pero además está obligado a hacerlo en razón de los conocimientos propios de su especialidad. En definitiva, el galeno tiene el deber de conocer la ciencia médica en general, y en particular, la especialidad que desempeña.

La actualización de conocimientos es un derecho del médico, pero también es una obligación del mismo, como así lo establece el Código de Deontología Médica⁶⁵. El deber de competencia profesional es una exigencia que se engloba dentro de la denominada *lex artis ad hoc*, donde el facultativo tiene el deber de acomodar sus actos a los conocimientos y procedimientos médicos vigentes al tiempo de su actuación. Si por competencia profesional se entiende la disposición o suficiencia para el ejercicio de la profesión, por consiguiente, por incompetencia profesional se debe entender la falta de idoneidad o im-

⁶² Artículo 10.3: “A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”.

⁶³ BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003. Artículo 5.1.c) “Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones”.

⁶⁴ BOE núm 31, de 6 de febrero de 2017, para proteger el derecho a la intimidad del paciente por los alumnos y residentes en Ciencias de la Salud.

⁶⁵ El Código de Deontología Médica, en su artículo 7.3 establece que “la formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional”; y en su artículo 29, que “el médico tiene el deber y la responsabilidad de mantener actualizados sus conocimientos científicos y perfeccionar su capacidad profesional”.

pericia para dicho ejercicio, y esta puede tener su origen en diversos factores, como son: la ignorancia, carencia del nivel de conocimientos necesarios, incapacidad física, emocional y la falta o el mal estado de los medios técnicos necesarios para el ejercicio de la profesión⁶⁶.

De todo ello se deduce que la impericia, como falta de habilidad manifiesta y contraria a la *lex artis ad hoc*, constituye una modalidad de culpa médica.

3.4. DEBERES DE ASISTENCIA

Se puede considerar acto médico toda aquella tarea encaminada a la curación o alivio de la enfermedad, y que incluye el diagnóstico, el pronóstico, el tratamiento y la prevención⁶⁷.

El deber de asistencia médica puede tener su origen en una relación contractual o extracontractual, pero sin olvidar que siempre está presente como objetivo la protección de derecho a la vida y a la integridad física. Esta obligación médica se impone tanto en el Código Deontológico Médico⁶⁸, como en normas de carácter imperativo que generan una responsabilidad legal⁶⁹. En palabras del Tribunal Supremo: “se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en grave estado, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya sea de tipo penal, ya sea de tipo civil, pues comporta una violación de un obligación legal que puede configurar la omisión del deber de socorro tipificada como delito; tal deber de asistencia médica (...) cuyo respeto obliga a entender que su concurrencia produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen⁷⁰”.

El deber de asistencia en una relación extracontractual cesa cuando finaliza la obligación perentoria de prestar asistencia sanitaria. No obstante, en la relación contractual, una vez iniciada la relación asistencial surgen nuevas obligaciones, como la progresiva continuidad asistencial una vez iniciado el tratamiento, el deber de reducir los riesgos a los que se somete al paciente, la obligación de realizar las prácticas necesarias para mantener la vida del paciente, el deber de diligencia y conservación de la historia clínica, etc.

Los actos médicos desarrollados por el facultativo en el ejercicio de su profesión se pueden clasificar en⁷¹:

⁶⁶ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, pp. 53-54.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Art. 6.1. del Código de Deontología Médica, “*Todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o accidentado*”.

⁶⁹ Los artículos 195 y 196 del Código Penal establecen el imperativo legal de asistencia a cualquier persona que se encuentre en situación de urgencia vital o quasi-vital.

⁷⁰ *Vid. STS de 6 de julio de 1990 (RJ 1990/5780).*

⁷¹ PARRA SEPÚLVEDA, D., *op. cit.*, pp. 118 y 119.

- Actos de prevención, o precauciones necesarias para evitar que surja o aparezca una enfermedad.
- Actos de diagnóstico, cuyo objetivo consiste en determinar la naturaleza de una enfermedad sobrevenida, y esto conlleva hacer uso de todos los medios y recursos al alcance del profesional⁷².
- Actos de prescripción, también conocido como el acto de recetar.
- El tratamiento, que consiste en la ejecución de la acción idónea (farmacológica o de otra índole) para lograr el restablecimiento o mejoría del paciente.
- La rehabilitación, cuyo objetivo es lograr el restablecimiento del órgano o función, y que la persona alcance un nivel óptimo físico, psíquico y social.

3.5. DEBER DE CERTIFICACIÓN

Un certificado médico es la declaración escrita de un médico que da fe del estado de salud de un persona en un determinado momento (ex art. 3 Ley 41/2002).

El deber de certificación lo podemos encontrar a tres instancias diferentes:

- La obligación de certificación con el paciente: éste tiene derecho a que le sean expedidos documentos acreditativos de su estado de salud (informe de salud, vacunas, informe de alta, partes de alta o baja médica, recetas); y en contrapartida, el médico tiene la obligación de emitir dichos certificados.
- El facultativo también tiene un deber de certificación médico-sanitario, estando obligado a llenar los informes que establezcan las autoridades sanitarias, como son documentos de declaración obligatoria de determinadas enfermedades infeccio-contagiosas o revelación de efectos secundarios de medicamentos y productos sanitarios, registros de estupefacientes, etc.
- El médico, además, tiene obligación de emitir documentos médico-legales, debiendo llenar aquellos informes y certificados que le sean requeridos por las autoridades judiciales o administrativas competentes en referencia al desempeño de sus funciones, así como expedir los documentos legales inherentes al ejercicio de su profesión (parte de defunción, parte de lesiones...)⁷³.

⁷² La STS de 16 de febrero de 1995 (RJ 1995/844) contempla que “la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateros de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone, y por lo tanto son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, irresflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos”.

⁷³ GÓMEZ JARA, M.: *La responsabilidad profesional sanitaria*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, pp. 113-118.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR ERROR DIAGNÓSTICO

4.1. EL DIAGNÓSTICO Y SU POTENCIAL RESARCITORIO

Diagnosticar es "recoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza", y en el contexto de la Ciencia Médica supone "determinar el carácter de una enfermedad mediante el examen de sus signos"⁷⁴. A través de la acción de diagnosticar se consigue emitir un diagnóstico que es el "acto por el cual el médico, agrupando los síntomas mórbidos que ofrece el enfermo, los atribuye a una enfermedad que ocupa su lugar en el cuadro nosológico"⁷⁵.

El diagnóstico médico es considerado desde hace mucho tiempo "un arte inseguro y difícil, sobre el que hasta los mismos médicos no están muchas veces de acuerdo; la mejor opinión y el diagnóstico más seguro varían mucho de médico a médico, dada la naturaleza conjectural del arte médico"⁷⁶. La Medicina se considera la Ciencia inexacta por excelencia; se debe tener en cuenta que, por mucho que avance, y con ello la Medicina, no se va a conseguir convertir en exacta una Ciencia que no lo es.

En muchas ocasiones resulta difícil vincular que el retraso o error diagnóstico de una patología sea la causa directa del deterioro final del paciente (agravamiento de la enfermedad o su fallecimiento), sobre todo porque la propia enfermedad del paciente sigue su desarrollo y evolución natural, y esta puede ser la causa del resultado final. Por ello, se debe apreciar si la demora en el diagnóstico o un error en la apreciación de la enfermedad pueden haber influido en el curso y evolución de la patología, debiendo diferenciar entre tres escenarios distintos⁷⁷, sobre los que profundizaré más adelante:

- Existencia de una relación cierta de causalidad entre el error diagnóstico y el agravamiento en la salud del paciente. En este caso hay una certeza de que el error o retraso en el diagnóstico es el motivo del agravamiento de la salud del paciente, ya que se constata una relación de causalidad entre la falta de diligencia del médico y el resultado lesivo. En este supuesto el daño ocasionado será totalmente indemnizable.
- Inexistencia de una relación de causalidad cierta entre el error o retraso diagnóstico y el daño sufrido. El resultado final se debe a la evolución de la propia patología del paciente, y las consecuencias se habrían producido igualmente y con independencia de la actividad médica. En este caso el resultado final no es indemnizable.

⁷⁴ Diccionario de la Real Academia Española (RAE). *Vid.* <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=diagnosticar> - Fecha Consulta 18/4/2017

⁷⁵ *Vid.* http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/Diagnostico - Fecha Consulta 18/04/2017

⁷⁶ ROYO-VILLANOVA MORALES, R.: *La responsabilidad médica y el nuevo Código Penal*, Editorial Javier Morata, Madrid, 1930, pp. 170-172.

⁷⁷ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, pp. 221-222.

- No existe relación causal cierta pero sí existe una probabilidad causal entre el error diagnóstico y el daño causado. Aunque es difícil probar un nexo causal cierto entre el error diagnóstico y el daño causado, sí existe la probabilidad de que una actuación más diligente del facultativo hubiera evitado el resultado lesivo, es decir, que el evento dañoso se podría haber evitado o atenuado con un diagnóstico correcto y en tiempo. En este supuesto se entiende que es la falta de diligencia en la actuación médica la que priva al paciente de las expectativas de curación o supervivencia, y esto en sí mismo supone un daño, que es lo que se denomina como pérdida de oportunidad⁷⁸.

El deber de diagnóstico forma parte de la *lex artis*, y en la jurisprudencia se determina que aquel debe realizarse atendiendo al estado de la Ciencia Médica en ese momento. De ahí que se vulnere la *lex artis* cuando el diagnóstico presenta un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, así como cuando no se practican todas las comprobaciones y exámenes exigidos o exigibles⁷⁹. Es obvio que pauatar el tratamiento adecuado en una enfermedad precisa de un diagnóstico correcto de la misma, por lo que resulta evidente que los errores de diagnóstico van a ser causa de daños en los pacientes. Y ello porque una diagnosis equivocada puede suponer retrasos en la aplicación del tratamiento oportuno, o que sean asignados tratamientos innecesarios, o incluso perjudiciales, con resultados lesivos y consecuencias físicas, psicológicas y económicas para el paciente.

El error diagnóstico genera responsabilidad cuando se vulnera la *lex artis ad hoc*, lo cual sucede, por ejemplo, cuando no se emplean las suficientes pruebas para emitir el diagnóstico y por eso se yerra. En este sentido cabe destacar la STS de 18 de febrero de 2015⁸⁰. En ella, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estima un recurso de casación fundamentoado en la infracción del los art. 1902 y 1903 del CC, donde se imputa a un médico especialista (ginecólogo) una negligencia por error diagnóstico. A la paciente se le había intervenido por una cesárea y en el postoperatorio apareció fiebre y dolor abdominal y fue diagnosticada de endometriosis, que se trató con el oportuno tratamiento antibiótico; fue dada de alta hospitalaria sin la certeza de a qué obedecía el dolor ya que no se le realizó ninguna prueba de imagen, regresando al día siguiente por empeoramiento del cuadro general; fue ingresada y se le realizaron las pruebas de diagnóstico por imagen oportunas que evidenciaron una peritonitis abdominal; se le intervino quirúrgicamente al apreciar una necrosis de útero, que se solucionó con una histerectomía subtotal. La Sala entendió que no se estaba ante un error de diagnóstico disculpable o de

⁷⁸ ROYO-VILLANOVA MORALES, R., *op. cit.*, pp. 170-172.

⁷⁹ Son varias las sentencias donde se refleja esta apreciación de responsabilidad por negligencia en el error diagnóstico por la aplicación de pruebas insuficientes, como son SSTS de 7 de mayo de 2007 (2007/3553); de 10 de diciembre de 2010 (RJ 2011/137) y de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015/340).

⁸⁰ (RJ 2015/340)

apreciación, sino ante un diagnóstico equivocado por no haber puesto a disposición de la paciente los medios con los que se contaba para lograrlo, y que la actuación médica fue carente de los conocimientos necesarios para hacer posible un diagnóstico correcto mediante la exploración y la práctica de pruebas complementarias que hubieran prevenido, evitado o aminorado el daño a partir de una previa sintomatología evidente y reiterada.

4.2. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA APLICADOS A LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Como se viene desarrollando a lo largo del trabajo, el deber médico es el de proporcionar al paciente todos los cuidados que éste requiera conforme el estado de la Ciencia en ese momento. De ahí que la obligación del profesional sanitario, tanto si existe una relación contractual o extracontractual, no sea la de obtener en todo caso la recuperación o sanación del enfermo, o lo que es lo mismo, no es una obligación la suya de resultados, sino de medios. En lo que a responsabilidad extracontractual o aquiliana concierne, fundamentada en los arts. 1902 y 1903 CC, la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que para que se genere una responsabilidad médica que sea imputable al galeno, es preciso la aparición de tres elementos clave:

- La culpa médica o “infracción por parte del médico o del cirujano de algún deber propio de su profesión, y más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”⁸¹.
- El daño. En el ámbito de la responsabilidad civil médica adquiere importancia no sólo la antijuricidad de la conducta que causa el daño, sino la antijuricidad del daño mismo, (que exista un daño que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar). La doctrina jurisprudencial ha acuñado tres tipos de daños: permanentes, consolidados y tardíos, cuya importancia radica en la relevancia que adquiere el evento dañoso para establecer el plazo de prescripción de la acción⁸².
- Un vínculo de causalidad entre el daño y la conducta del profesional sanitario⁸³.

En este último punto, relación de causalidad, la jurisprudencia establece que “*es al actor al que le corresponde probar el daño, la autoría y la relación de causalidad y la infracción de los deberes profesionales o lex artis ad hoc*”⁸⁴. En la conducta de los profesio-

⁸¹ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, pp. 40-41.

⁸² AVILÉS GARCIA, J.: “Responsabilidad Civil. Prescripción de daños causados por fármacos con Talidomida. Daños permanentes continuados y tardíos. Daños consecutivos y crónicos. Dimensión jurídica de disposiciones normativas que inciden en el conocimiento ulterior de la causa originaria de daños, secuelas y discapacidades ya reconocidos. Alcance jurídico de un diagnóstico diferencial sobre la causa probable del daño. Comentario a la Sentencia de 20 de octubre de 2015 (RJ 20015,4226)”, en *Revista Cuadernos de Jurisprudencia Civil* núm.101/2016 parte Sentencias, en Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2016, pp 3-14.

⁸³ Que, dado el objeto de este trabajo, sería el diagnóstico equivocado.

⁸⁴ *Vid.* STS de 7 de mayo de 2007 (2007/464).

nales sanitarios se descarta toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, exigiéndose la existencia de un nexo causal y la infracción de la *lex artis* atendiendo al caso concreto enjuiciado.

Se trata de dirimir en quién recae la carga de la prueba. Tradicionalmente, para la imputación de responsabilidad por un acto médico, se exigía del paciente la demostración de una relación o vínculo de causalidad entre el daño y el diagnóstico erróneo, así como la culpa⁸⁵. Nuestros Tribunales vienen apreciando que la carga de la prueba, con carácter general, recae en el paciente, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por la jurisprudencia para los daños de otro origen. Por tanto, estaría a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia de la actuación médica, dejando acreditado en el proceso que el acto médico enjuiciado se realizó con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo⁸⁶. Sin embargo, en la práctica, en base al principio de facilidad probatoria, el Juez de Primera Instancia tiende a equiparar las obligaciones de las partes en lo que a la prueba se refiere⁸⁷. A ello hay que añadir que, nuestra jurisprudencia reconoce varias situaciones en las que sí opera la inversión de la carga de la prueba (recayendo sobre el profesional sanitario la obligación de probar que actuó adecuadamente), a saber: medicina satisfactiva y consiguiente deber de información, daño desproporcionado y falta de historia clínica⁸⁸.

Volviendo al ámbito del diagnóstico médico, debe reseñarse que no todo diagnóstico erróneo resultará reprochable y generará una responsabilidad jurídica, ya 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, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en el acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la lex artis, cuando esta reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual*”⁸⁹. Es por ello que “*los errores de diagnóstico solo podrán comprometer la*

⁸⁵ *Vid. STSS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8690) y de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7868).*

⁸⁶ ASÚA GONZÁLEZ, C. I.: “Imputación de responsabilidad civil por culpa en el ámbito sanitario”, en REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.) *et al: Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, S.A., 2014, pp. 16-30

⁸⁷ ALBI NUEVO, J.: “La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 8/ 2013, pp. 264.

⁸⁸ ALBI NUEVO, J., *op. cit.*, p. 266.

⁸⁹ *Vid. STS de 12 de marzo de 2008 (RJ 2008/4045)*

*responsabilidad del médico cuando patenticen una completa ignorancia en asuntos médicos, constituyan un error grosero o tengan su origen en un estudio a todas luces insuficiente del enfermo por no haber aplicado al examen de éste las reglas elementales del arte*⁹⁰. Además, es deber del galeno mantener actualizados sus conocimientos y perfeccionar su capacidad profesional.

La jurisprudencia ha resuelto que el diagnóstico equivocado genera responsabilidad del médico cuando el facultativo no emplea los medios técnicos disponibles, y pueden evitar un posible error de juicio diagnóstico ya que éste debe utilizar adecuadamente los medios que la Ciencia le facilita⁹¹. En este sentido resulta representativa la sentencia del Alto Tribunal de 30 de septiembre de 2000⁹². El caso se refiere a un paciente que fue diagnosticado de otitis crónica bilateral en 1989 y sometido a varias intervenciones quirúrgicas por ello; ante el empeoramiento del cuadro clínico (con parálisis facial), y por sospecha de tuberculosis ótica, se realizó una prueba de detección de bacilo de Koch que resultó negativa; no se volvió a repetir la prueba (a pesar de que la Ciencia es clara en la existencia de falsos negativos) ni se realizó prueba de Mantoux, que orienta sobre un proceso activo de tuberculosis. La Sala estimó la negligencia profesional del otorrino al apreciar que esta “*ha quedado debidamente patentizada, por no haber demostrado hubiera actuado con toda diligencia, atención persistente y cuidado continuado, que exigía su profesión, protectora de la salud, cuando contaba con los medios adecuados para ello que no utilizó correctamente, para confiar con excesivo abandono en única aprueba de tuberculosis que dispuso, quedando por ello descontada situación de caso fortuito*”.

Asimismo, y por no ser apreciada la responsabilidad sanitaria, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2007⁹³, que declara no haber lugar a un recurso de casación interpuesto contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona. El caso fue visto en el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona, donde la paciente demandó a diversos facultativos y entidades solicitando una indemnización económica por apreciar negligencia médica. En el caso se detecta en la actora una displasia fibroquística bilateral en mama (enfermedad de carácter benigno) siendo sometida a un seguimiento y control ginecológico periódico; sin embargo, 10 años después es diagnosticada de un carcinoma infiltrante en mama derecha que es tratado con mastectomía, quimioterapia y radioterapia; el seguimiento que se realizó a la paciente se basó en un control radiológico, y no se realizó una exploración mamaria, que se considera imprescindible para este tipo de enfermedades. En apelación, ante la Audiencia Provincial de Barcelona, se revocó la sentencia y se absolvió a los demandados y condenados en primera instancia. Lo fundamenta la Audiencia en que se realizaron los controles clínicos,

⁹⁰ LÓPEZ GOMEZ, L. y GISBERT CALABUIG, J. A.: *Tratado de Medicina Legal*, Editorial Saber, 1ª Edición, Tomo II, Vol. 1º, Valencia, 1962, p. 41.

⁹¹ BELLO JANEIRO, D.: *Régimen jurídico..., op. cit.*, pp. 181-183

⁹² (RJ 2000/8130)

⁹³ (RJ 2007/415)

mamográficos y ecográficos correctos en consideración a la dolencia de la paciente. Pero contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por la actora de la primera instancia, que el Tribunal Supremo desestimó basándose en que la omisión de la técnica de palpación de la mama durante un largo período de exploración de la paciente no implicó una infracción de la *lex artis ad hoc* ya que no se ha demostrado que la *lex artis* exija necesariamente la práctica de dicha prueba (palpación de la mama) por el ginecólogo que ordena la mamografía si no se manifiesta problema alguno. El alto Tribunal establece que “*la actividad diagnostica 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 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 sanitaria*”.

En esta última línea, y por la proximidad temporal y espacial de la misma, cabe destacar la Sentencia de 12 de abril de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cuenca⁹⁴. En ella encontramos un caso similar al anterior, donde la paciente demanda al SESCAM por responsabilidad patrimonial que se deriva de un error/retraso diagnóstico. La paciente es diagnosticada de una mastopatía fibroquística en 2009 y de un cáncer de mama infiltrante en 2012; durante este período la paciente tiene dos gestaciones, en las cuales está protocolizada la exploración mamaria en el primer trimestre del embarazo, prueba que no fue realizada. A pesar de ello, se considera, a la luz de los informes periciales presentados, que aun estando protocolizada dicha exploración, esta no se realiza de manera generalizada ya que no tiene valor en el diagnóstico precoz del cáncer de mama, a no ser que se ponga de manifiesto algún problema, situación que no concurría. El juez no aprecia en ello un comportamiento contrario a la *lex artis ad hoc* y desestima el recurso presentado contra el SESCAM y la entidad aseguradora codemandada MAPFRE ESPAÑA.

En referencia a la pericia profesional y los conocimientos médicos, es reseñable la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005⁹⁵, que declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona por el fallecimiento de un paciente. En primera instancia se dirige la acción contra la doctora clasificadora que realizó el triage inicial en el centro médico donde se atendió al paciente (Institut Catalá de la Salut) y contra la entidad aseguradora de dicho centro (Winterthur). El paciente acude a urgencias por un dolor

⁹⁴ Sentencia nº 00119/2017, facilitada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cuenca.

⁹⁵ (RJ 2005/8763)

epigástrico y es diagnosticado de úlcera gástrica; una vez en el centro, en el curso del reconocimiento y de forma repentina, experimenta dolor de pecho intenso irradiado al brazo izquierdo, sufriendo una parada cardiorrespiratoria (PCR) por fibrilación ventricular (FV). La actora (mujer del paciente fallecido) fundamenta la denuncia en que la doctora clasificadora que realizó la primera valoración, y que no era especialista en realizar el triage, erró en el diagnóstico y por eso no actuó con la premura que el caso requería. El Juzgado de Primera Instancia nº 21 de Barcelona condenó a los demandados al pago de cantidad en concepto de indemnización por la muerte del paciente. En apelación se revocó la sentencia dictada en Primera Instancia y se absolió a los demandados. En casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto, fundamentándose en que no ha quedado acreditada la relación de causalidad entre la conducta de la doctora demandada y el fallecimiento del paciente. Así, considera que, para determinar una responsabilidad del médico, es preciso acreditar con una mínima certeza el nexo causal entre el proceder negligente del personal sanitario y el resultado dañoso y evitable. Y en el caso referido no se ha podido probar que una inmediata atención hubiera logrado la supervivencia del paciente. La Sala declara que "*no cabe apreciar culpa del facultativo en aquellos supuestos en que la confusión viene determinada por la ausencia de síntomas claros de la enfermedad, o cuando los mismo resultan enmascarados con otros más evidentes características de otra dolencia y tampoco cuando quepa calificar el error de diagnóstico de disculpable o de apreciación*".

Por último, destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2007⁹⁶, que considera culpable el error diagnóstico por una incorrecta lectura de un electrocardiograma (ECG). En este caso el paciente acude a urgencias de un centro de salud por dolor torácico y se le realiza un ECG, donde se aprecian cambios electrocardiográficos sugerentes de patología coronaria que no fueron observados por el personal facultativo; el paciente fallece a causa de un infarto, sin recibir tratamiento para ello. El infarto fue detectado con posterioridad, en la autopsia, a raíz de lo cual se valoró el ECG que se le había realizado, constatando los cambios sugerentes de dicha patología que habían pasado inadvertidos. Finalmente, la responsabilidad de la Administración se fija por el efectivo fallecimiento del paciente al no haberse puesto el tratamiento adecuado para combatir su padecimiento⁹⁷.

4.3. EL ERROR DIAGNÓSTICO Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Es evidente que el error diagnóstico va a afectar al consentimiento informado derivado del deber de información, que forma parte de la *lex artis ad hoc*. Dada esta con-

⁹⁶ (RJ 2007/953)

⁹⁷ Otro caso similar lo encontramos en la Sentencia de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007/3283), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que considera la responsabilidad civil derivada de un error de diagnóstico basado en la incorrecta interpretación de un ECG por no apreciarse la existencia de un infarto que hubiera evitado el resultado final sobre la salud del paciente.

creta situación, el médico suministra al paciente una información inexacta o incompleta, al igual que las supuestas circunstancias que rodean a la enfermedad, con lo que la información ofrecida se aparta de la veracidad esperada en un diagnóstico correcto. El consentimiento informado no contiene una información correcta, leal y veraz, como cabría esperarse en la *lex artis ad hoc*. Tal es así que, la declaración y los datos que ofrece el galeno sobre las posibilidades de éxito del tratamiento o intervención, los riesgos típicos y atípicos que este conlleva, las alternativas, el pronóstico, etc., es información errónea en conexión con el propio diagnóstico erróneo. En definitiva, el consentimiento informado se presta desde una información incorrecta, lo que supone un vicio que es causa de invalidez del mismo. La validez del consentimiento informado exige que este se preste sin vicios del consentimiento, y en este escenario se produce un consentimiento viciado, cuanto menos, de error. Éste sería, además, un error esencial por afectar a requisitos elementales del negocio jurídico en la relación médico-paciente⁹⁸.

4.4. LA DOCTRINA DE LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La doctrina de la pérdida de oportunidad es una construcción dogmática que se plantea cuando existen dudas en la certeza del nexo causal entre el acto médico y el daño sufrido por el paciente. Se trata de apreciar y valorar la oportunidad que hubiese tenido el paciente con un proceder médico más diligente. Así pues, la obligación de indemnizar no es por el resultado final del daño, sino por la pérdida de posibilidades o expectativas que hubiera tenido el paciente si la actuación médica hubiese sido correcta⁹⁹.

Esta doctrina es de aplicación en supuestos de errores o retrasos de diagnósticos, tema objeto de este trabajo; aunque también se emplea en otros supuestos como son errores o retrasos de tratamiento y falta de información o de consentimiento informando¹⁰⁰.

Esta doctrina ha sido recogida en numerosas sentencias¹⁰¹, “configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la *lex artis* que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio (...); 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 tomados 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 (...); en la pérdida de

⁹⁸ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, pp. 45-47

⁹⁹ PÉREZ VALLEJO, A. M.: “Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio”, en *Práctica del derecho de daños*, núm 110, 2012, p. 18.

¹⁰⁰ LLAMAS POMBO, E., *op. cit.*, pp. 220-221.

¹⁰¹ *Vid.* STSS de 13 de julio de 2005 (RJ 2005/9611); 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005/8846); 4 de julio de 2007 (RJ 2007/6617); 12 de julio de 2007 (RJ2007/4993); 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009/8082).

*oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable*¹⁰².

4.5. LA DOCTRINA DEL DAÑO DESPROPORCIONADO

El daño médico desproporcionado es aquel no previsto y que resulta inexplicable desde la actuación profesional cotidiana. De ahí deriva la necesidad de una explicación que aclare la importante discordancia existente entre el riesgo inicial de la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la inexistencia de una explicación razonable puede determinar la imputación por surgir una deducción de negligencia.

Concretamente, la STS de 31 de enero de 2003¹⁰³ aporta el siguiente concepto: *"La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, (...); el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la faute virtuelle (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción"*.

La existencia de un daño desproporcionado afecta a la atribución causal y al reproche de culpabilidad, alterando las normas generales sobre responsabilidad civil médica en referencia a la relación de causalidad y la presunción de culpa. Tal es así que se presume la culpa cuando se aprecia un resultado desproporcionado, y este no se contradice con hechos acreditados que constaten una explicación razonable de las consecuencias producidas. El resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico, sino la exigencia de una explicación coherente acerca de la causa disonante entre el acto médico y el daño generado. En definitiva, la culpabilidad del médico se desprende de la regla *res ipsa loquitur* -o la cosa habla por sí misma- que crea una deducción de negligencia. La existencia de un daño que excede considerablemente de los que cabría esperar para ese acto médico induce a pensar en la existencia de una insuficiencia de medios o mala praxis médica¹⁰⁴.

La doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico demandado la demostración de su propia diligencia. Se exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa al haber sufrido un daño que no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas. No

¹⁰² *Vid.* STS de 2 de enero de 2012 (RJ/2012/2): Se realiza un diagnóstico de cólico renal y se orientan las pruebas en este sentido; el error diagnóstico produce un retraso del diagnóstico real que era un aneurisma abdominal (con retraso del tratamiento quirúrgico) y el fallecimiento del paciente.

¹⁰³ (RJ 2003/646)

¹⁰⁴ BELLO JANEIRO, D.: "Comentario a la Sentencia de 23 de octubre de 2008", *op. cit.*, pp. 7-9.

obstante, debe matizarse que no puede calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio que se enmarca entre los riesgos típicos¹⁰⁵.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 14 de septiembre de 2006¹⁰⁶ sirve como ejemplo para la doctrina del daño desproporcionado en un error diagnóstico con resultado de muerte del paciente. Los hechos ocurrieron en 2001, cuando la paciente recibe un puñetazo en la cara, por el que queda inconsciente y es trasladada por la Policía al Hospital; los servicios sanitarios no diagnosticaron el hematoma epidural que padecía la paciente (a pesar de que se realizaron dos TACs), atribuyendo los médicos el estado semicomatoso de la paciente a la ingesta de alcohol, y realizándose análisis en este sentido, que son positivos. No obstante, en el período del ingreso hospitalario se determinan nuevos niveles de alcohol en sangre, que disminuyen, sin que mejore su estado semicomatoso; la evolución de la patología concluyó con el fallecimiento de la paciente. Así las cosas, se inicia proceso penal contra el autor del puñetazo con condena por un delito de homicidio imprudente. Al margen de ello se inicia un recurso contencioso-administrativo sustentado en la doctrina del daño desproporcionado, determinando la Sala la existencia de un resultado tal afirmando que "*debemos partir de la consideración consistente en que, en este caso, como sostiene la jurisprudencia civil res ipsa loquitur, se entiende por tanto que existe una presunción defectuosa del servicio cuando se produce un resultado desproporcionado con lo que es usual comparativamente*". Finalmente, se estima el recurso reconociendo el derecho a los padres de la fallecida a una indemnización.

En esta línea cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007, en la que se alega por la parte recurrente la doctrina sobre el daño desproporcionado. En Primera Instancia se desestima la demanda por reclamación de cuantía y se absuelve a los demandados (varios facultativos y al Servicio Valenciano de Salud); en recurso de apelación se desestima el recurso planteado por la parte demandante. Se interpone recurso de casación por infracción de normas procesales y por inaplicación de doctrina jurisprudencial, que también se desestima por el Tribunal Supremo, el cual y en relación a la doctrina del daño desproporcionado, realiza la siguiente puntualización: "*la existencia del daño desproporcionado no determina por si sólo la existencia de responsabilidad del médico sino 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*"¹⁰⁷.

¹⁰⁵ BELLO JANEIRO, D.: *Régimen ...*, op. cit., pp. 185-187.

¹⁰⁶ (JUR 2006/251874)

¹⁰⁷ (RJ 2007/2397)

4.6. APRECIACIÓN DEL ERROR DIAGNÓSTICO “EX ANTE” Y NO “EX POST”

De lo expuesto hasta ahora se entiende que el médico tiene la obligación de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias atendiendo a las referencias concretas del caso y al estado de la Ciencia en ese momento.

Pues bien, la insuficiencia de pruebas diagnósticas y la prescripción de un tratamiento no acorde a la patología real del paciente ha de considerarse desde una perspectiva *ex ante*, esto es, tratándose desde la perspectiva de las circunstancias concurrentes al momento en que tuvieron lugar. En este sentido se expresa el Tribunal Supremo al decir que “*no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundamentándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico*”¹⁰⁸.

La apreciación de un acto médico que permita calificar una conducta de mala *praxis* debe realizarse con los datos disponibles en el momento en que se adoptó la decisión diagnóstica y terapéutica (datos, posibilidades, medios, condiciones); es decir, debe hacerse desde una perspectiva *ex ante*, y no atendiendo al desenlace posterior de los acontecimientos o *ex post*¹⁰⁹. La evaluación del acto médico debe reflejar si se utilizaron los recursos necesarios y si se practicaron los procedimientos oportunos para alcanzar un diagnóstico médico correcto, ya que lo que se cuestiona no es el error en sí mismo, sino la existencia de un comportamiento inexcusable al cometerlo¹¹⁰.

4.7. ERROR DE DIAGNÓSTICO POR FALTA DE COLABORACIÓN DEL PACIENTE

A pesar de los supuestos mencionados anteriormente, en los que se incide en la conducta alejada de la *lex artis* por parte del médico, existen aquellos otros en los que, concurriendo una conducta diligente del médico, se produce un error o retraso en el diagnóstico por causa atribuible a la falta de colaboración del paciente. Si es así, este error no será objeto de responsabilidad para el profesional sanitario.

La Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, establece como principio básico el deber del paciente de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera

¹⁰⁸ *Vid. STS de 7 de mayo de 2007 (RJ 2007/464).*

¹⁰⁹ *Vid. STS de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9172).* El supuesto de hecho trata de un paciente que, tras sufrir un accidente vial padece varias lesiones, entre ellas una lesión en miembro superior izquierdo que se trata con escayola. En su evolución posterior se detecta un síndrome compartimental que derivó en una lesión permanente por un síndrome de Volkmann. Es criterio de la Sala que “no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen”. En este sentido también se expresan las SSTS de 15 de febrero de 2006 (RJ 2006/692), 19 de octubre de 2007 (RJ 2007/7309) y 3 de marzo de 2010 (RJ 2010/3778).

¹¹⁰ *Vid. STS de 15 de febrero de 2006 (RJ 2006/692)* en referencia a un retraso diagnóstico, el Tribunal establece que “(...) un defectuoso diagnóstico médico o error médico no es por sí mismo causa de responsabilidad si se acredita que se emplearon los medios ordinarios y se actuó con la debida diligencia para cerciorarse del diagnóstico”.

leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención con motivo de la asistencia sanitaria¹¹¹.

Esta cuestión se aborda en la STS de 15 de diciembre de 2004¹¹², donde, conforme a los hechos probados, la hija de los actores padecía una enfermedad congénita, síndrome de Von Recklinhausen (neurofibromatosis que se caracteriza por el desarrollo de tumores malignos), de la que fue diagnosticada en 1986. La paciente acude en 1992 a consulta sin comunicar al facultativo el padecimiento de esta enfermedad y es diagnosticada de un posible neurofibroma degenerable (patología benigna); a la paciente se le somete a varias pruebas que llegan a la resulta de ser un tumor maligno. Lo cierto es que el diagnóstico habría sido mas acertado y rápido si se hubiesen aportado los datos clínicos que ya se conocían. La Sala establece, por tanto, que “*el diagnóstico para ser lo más acertado posible exige aportar los datos clínicos que se conozcan y de la forma más completa posible, pues con ello se pueden evitar demoras y procurar alcanzar una calificación mas exacta del padecimiento a fin de adoptar medidas para atajarlo o procurar remediarlo, tratándose de una información que debe suministrarse el enfermo o sus familiares o allegados cuando le es conocida, y no se le puede exigir a los profesionales de la medicina dotes de imaginación o de adivinos ya que entonces la posibilidad de errores, por creencias o suposiciones, pueden presentarse mayores y aquí se trataba de un médico de cabecera y de una enfermedad muy poco común*”.

4.8. EL ERROR DIAGNÓSTICO PRENATAL

El error diagnóstico prenatal es un motivo frecuente de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad médica al tener como consecuencia el nacimiento de niños afectados por enfermedades y/o discapacidades. Sin ánimo de extenderme demasiado en este controvertido tema, he considerado oportuno referirme a él someramente por tratarse de un supuesto concreto de diagnóstico erróneo con importantes derivaciones jurídicas.

Dentro del error diagnóstico encontramos acciones que se sustancian en los que se denomina “*wrongful birth*” y “*wrongful life*”, donde la negligencia médica en el error diagnóstico deriva en el nacimiento de un niño con anomalías o deformaciones. En el caso de “*wrongful birth*” la acción la ejercitan los padres reclamando una indemnización tanto por el quebranto moral como por el quebranto económico derivado de haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad o anomalía genética, basándose en que, debido a la negligencia del médico, se impidió a la gestante tomar una decisión informada sobre la continuidad o interrupción de su embarazo. En el caso de “*wrongful life*”, la acción la in-

¹¹¹ Vid. art. 2.5: “Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”.

¹¹² (RJ 2004/8212)

terpone en su propio nombre el hijo -o sus representantes legales- solicitando una reparación por el daño que experimenta, esto es, su propia vida.

Cabe destacar que, mientras que los supuestos de “*wrongful birth*” están plenamente reconocidos por nuestros tribunales, los de “*wrongful life*” presentan más complicaciones, sobre todo éticas, no existiendo ningún pronunciamiento jurisprudencial español que avale este supuesto¹¹³.

Al igual que en el resto de supuestos de responsabilidad sanitaria, también es necesario acreditar la culpa del profesional sanitario, que se suelen fundamentar en la existencia de una conducta negligente por la no realización de pruebas de diagnóstico prenatal¹¹⁴, o por la interpretación errónea de las pruebas prenatales realizadas¹¹⁵, o por una comunicación extemporánea del resultado que priva a los padres de la capacidad de decidir de acuerdo a sus intereses o preferencias¹¹⁶.

En los casos de error en el diagnóstico prenatal la jurisprudencia reconoce un daño moral y un daño patrimonial, ambos indemnizables, ya que “*el daño es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-, y de la necesidad de hacer frente a gastos o desembolsos extraordinarios o especiales -daños patrimoniales-*”¹¹⁷“

Por último, destacar que la verdadera dificultad en las demandas “*wrongful birth*” se encuentra en determinar la relación de causalidad entre el nacimiento y la acción u

¹¹³ PACHECO JIMENEZ, M^a N.:”Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones *wrongful birth* y *wrongful life*. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 15, 2012-2013, pp. 287-308.

¹¹⁴ En este sentido cabe destacar la STS de 7 de junio de 2002 (RJ 2002/5216), que rechaza la existencia de responsabilidad por el nacimiento de un hijo con síndrome de Down en mujer mayor de 35 años, ya que no se constata una relación de causalidad entre la falta de información médica y que la gestante no optase por poner fin al embarazo. Es conjectura deducir que de haber conocido la gestante el estado del feto ésta hubiese interrumpido el embarazo; y STS de 6 de julio de 2007 (RJ 2007/3658), que examina la existencia de una falta de información, y con ello una vulneración de la *lex artis*, al no informar a la madre sobre la posibilidad de realizar una prueba de triple screening, la cual aconseja la necesidad o no de someterse a una amniocentesis, que otorga un diagnóstico más cierto y seguro sobre la existencia de cromosopatías.

¹¹⁵ *Vid.* SSTS de 21 diciembre de 2005 (RJ 2005/10149), que fundamenta la responsabilidad médica porque no se detectó la afectación del síndrome de Down del hijo nacido a pesar de que la paciente se realizó las pruebas de diagnóstico prenatal mediante biopsia Corial para la detección de trisomía del par 21, y en los resultados no se reflejó; de 31 de mayo de 2011 (RJ 2011/4000), en la que queda patente el error diagnóstico al reconocer visualmente al feto en ecografía y manifestar que todo era normal en las extremidades del mismo, cuando no lo era al momento del nacimiento, donde se evidenció la ausencia del brazo derecho; de 14 de marzo de 2013 (RJ 2013/2422), que fundamenta la responsabilidad civil por incumplimiento de los deberes médicos por emitir un diagnóstico incorrecto al no detectar anomalías en el feto (ausencia de manos y antebrazos) en las tres últimas ecografías practicadas a la madre.

¹¹⁶ *Vid.* STS de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9302), en la que se estima una actuación sanitaria deficiente al no detectarse las anomalías de un feto, lo que impidió a los progenitores recibir la información adecuada a la que tenían derecho, e impidió a los padres tomar decisiones acordes a la repercusión del hecho, como la posibilidad de un aborto.

¹¹⁷ *Vid.* STS (RJ 2013/2422).

omisión del médico; a lo que debe añadirse la supuesta decisión de la gestante de interrumpir su embarazo. Pues bien, la mayoría de la doctrina considera que el daño consiste ya en la mera privación de la posibilidad de optar por interrumpir voluntariamente el embarazo, por lo que su hipotética voluntad resultaría irrelevante¹¹⁸.

5. CONCLUSIONES

El desarrollo de este trabajo me ha permitido extraer las siguientes conclusiones:

I. La relación médico-paciente se ha concebido tradicionalmente como una relación interpersonal entre profesional sanitario y enfermo con connotaciones éticas, humanas y sociológicas. Sin embargo, el devenir hacia la sociedad de consumo y la especialización de la Medicina han transformado esta originaria situación, generando una mayor exigencia de las responsabilidades en los profesionales sanitarios, reflejada en un incremento de reclamaciones ante los Tribunales.

II. Para determinar el régimen de responsabilidad civil aplicable a la actividad médica es necesario estudiar el caso concreto, principalmente el vínculo existente en la relación médico-paciente y determinar la presencia de una relación contractual o extracontractual y el período de prescripción de la acción.

III. Establecer la diferencia entre medicina satisfactiva y curativa nos ayuda a aclarar la naturaleza de las obligaciones que emanen de la relación contractual médico-paciente. La obligación del profesional médico se considera como una obligación de medios, con naturaleza de contrato de arrendamiento de servicios, en la que el profesional queda obligado a proporcionar al enfermo todos los cuidados que éste requiera, en consonancia con el estado de la Ciencia y de la denominada *lex artis ad hoc*. Por su parte, en la medicina satisfactiva el facultativo no actúa sobre un cuerpo enfermo sino sobre uno sano, siendo su objetivo mejorar el aspecto externo de un paciente o eliminar su capacidad reproductora, asemejándose más a una obligación de resultados derivada de un contrato de arrendamiento de obra, donde se intensifica el deber de información.

IV. Para determinar la existencia o no de responsabilidad del médico hay que recurrir a parámetros de comparación de conducta que vienen determinados por la denominada *lex artis ad hoc*, que integra toda una serie de deberes médicos que permiten aclarar cuándo el profesional médico ha actuado de forma diligencia o negligente.

V. Los deberes médicos comenzaron siendo una obligación ética recogida en los distintos códigos deontológicos de la profesión, pero hoy en día, al concretarse la existencia de una relación jurídica médico-paciente, se incorporan al ordenamiento jurídico como auténticas obligaciones legales, que surgen con independencia de que la relación médico-paciente tenga su origen en una relación contractual o extracontractual.

¹¹⁸ PACHECO JIMENEZ, M^a N., op. cit., pp. 297 y 298.

VI. Los deberes inherentes a la profesión médica se deben considerar desde una perspectiva multiobligacional; a saber: deberes relacionados con la información, deberes relacionados con la competencia profesional, deberes de asistencia y deber de certificación.

VII. En íntima conexión con los deberes médicos se encuentra el instituto de la responsabilidad civil. Así, en el ámbito sanitario el sistema de responsabilidad es subjetivo, basado en la culpa; por lo tanto, para que se configure la responsabilidad médica es preciso determinar la existencia de un daño y una relación causal del mismo con una actividad no diligente del médico.

VIII. El deber de información, con su correlato en el paciente de consentimiento informado, suponen un hito importante en el desarrollo de la actuación médica. Así, la entrega de información adecuada para obtener el consentimiento informado del paciente forma parte de la *lex artis ad hoc*.

IX. En el concreto ámbito del diagnóstico se vulnera la *lex artis* cuando éste presenta un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, así como cuando no se practican todas las comprobaciones y exámenes exigidos o exigibles. No obstante, no debe olvidarse la necesaria existencia de relación de causalidad, es decir, se debe apreciar si la demora en el diagnóstico o un error en la apreciación de la enfermedad pueden haber influido en el curso y evolución de la patología.

X. En el diagnóstico erróneo se puede considerar que el daño se produce por la pérdida de oportunidad de curación. La no utilización de los medios necesarios para el diagnóstico de una enfermedad (al igual que la ausencia de una información adecuada) produce un riesgo que se materializa en un daño. En definitiva, cuando este daño se relaciona con la pérdida de la posibilidad o probabilidad que sufre el paciente de obtener un resultado más satisfactorio, o incluso la curación, con otro proceder médico, se podría aplicar la referida teoría.

XI. La apreciación de un acto médico que permita calificar una conducta de mala praxis debe realizarse con los datos disponibles en el momento en que se adoptó la decisión diagnóstica y terapéutica (datos, posibilidades, medios, condiciones); debe hacerse, por tanto, desde una perspectiva *ex ante*, y no atendiendo al desenlace posterior de los acontecimientos o *ex post*.

XII. Corresponde al paciente probar el daño, la existencia de una actuación médica con infracción de la *lex artis ad hoc* y la relación causal entre ambos. No obstante, cuando exista un daño desproporcionado, se presupone que el médico actuó con culpa, lo que exime al paciente de probar la infracción de la *lex artis ad hoc*, siendo el médico quien debe probar que el curso de los acontecimientos no se debió a una actividad negligente.

XIII. El error diagnóstico prenatal es un motivo frecuente de reclamaciones en el ámbito de la responsabilidad médica al tener como consecuencia el nacimiento de niños afecta-

dos por enfermedades y/o discapacidades. Se contemplan las denominadas acciones “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” (esta última no tiene reconocimiento en nuestros tribunales), donde la negligencia médica en el error diagnóstico deriva en el nacimiento de un niño con anomalías o deformaciones, solicitando el resarcimiento de daños morales y patrimoniales.

XIV. En mi opinión, los requisitos estándares exigibles a un facultativo van a venir determinados por muchas circunstancias y no sólo por la condición profesional, lo cual explica la variabilidad en las apreciaciones que hacen nuestros Tribunales para cada caso, sobre todo en el ámbito indemnizatorio. No obstante, aunque es obvio que cada caso debe ser juzgado de manera individualizada, creo que debería existir un consenso en el cuantía indemnizatoria. La aplicación de un baremo de daños, similar al que se viene aplicando a las lesiones por accidentes de circulación desde enero de 2016, sería extrapolable a la responsabilidad civil en el ámbito sanitario, aportando tintes de objetividad a una cuestión tan subjetivamente valorada.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALBI NUEVO, J.: “La carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad sanitaria”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Núm. 8/ 2013.
- AÑÓN CALVETE, J.: “Criterio de imputación en la responsabilidad médica” en *Noticias Jurídicas, Civil, Conocimiento*, 27/05/2015.
- AVILÉS GARCIA, J.: “Responsabilidad Civil. Prescripción de daños causados por fármacos con talidomida. Daños permanentes continuados y tardíos. Daños consecutivos y crónicos. Dimensión jurídica de disposiciones normativas que inciden en el conocimiento ulterior de la causa originaria de daños, secuelas y discapacidades ya reconocidos. Alcance jurídico de un diagnóstico diferencial sobre la causa probable del daño. Comentario a la Sentencia de 20 de octubre de 2015 (RJ 20015,4226)”, en *Revista Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, num. 101/2016 parte Sentencias, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2016.
- BELLO JANEIRO, D. (Coord.) *et al*: *Régimen Jurídico de la responsabilidad sanitaria*, 1^a Ed., Editorial REUS S.A., Madrid, 2013.
- BELLO JANEIRO, D.: “Sentencia de 23 de Octubre de 2008: Fecundación in vitro. Responsabilidad sanitaria. Carga de la prueba. Técnica casacional. Obligación de medios o de resultado. Medicina curativa y satisfactiva. Aplicación de la Ley de Consumidores a los servicios sanitarios. Resultado desproporcionado. Consentimiento informado”, en *Revista Cuadernos de Jurisprudencia Civil*, núm. 80, 2009.
- GÓMEZ JARA, M.: *La responsabilidad profesional sanitaria*, Editorial Atelier, Barcelona, 2007.
- LLAMAS POMBO, E.: *Estudios sobre la responsabilidad sanitaria. Un análisis interdisciplinar*, 1^a edición, Editorial La Ley, Madrid, 2014.

- LÓPEZ GOMEZ, L. y GISBERT CALABUIG, J. A.: *Tratado de Medicina Legal*, Editorial Saber, 1^a Edición, Tomo II, Vol. 1º, Valencia, 1962.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: *La responsabilidad Civil*, 3^a Ed., Editorial Colex, Madrid, 2004.
- MONTERROSO CASADO, E.: "Diligencia Médica y Responsabilidad Civil", Premio Magistrado Ruiz Vadillo.
- PACHECO JIMÉNEZ, M^a N.: "Responsabilidad médica derivada de negligencia en el diagnóstico prenatal: acciones wrong birth y wrong life. Repercusión de la proyectada ley de protección de la vida del concebido", en *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 15, 2012-2013.
- PARRA SEPÚLVEDA, D.: *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa* (tesis doctoral), Departamento de Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, 2014.
- PÉREZ VALLEJO, A. M.: "Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio", en *Práctica del derecho de daños*, núm 110, 2012.
- REGLERO CAMPOS, L. F. y BUSTO LAGO, J. M. (Coords.) et al: *Tratado de Responsabilidad Civil*, Editorial Aranzadi, S.A., 2014.
- ROYO-VILLANOVA MORALES, R.: *La responsabilidad médica y el nuevo Código Penal*, Editorial Javier Morata, Madrid, 1930.
- SIERRA, R.: "El error diagnóstico, un problema infravalorado", 19 Octubre de 2015, Madrid.
- SOLER PASCUAL, L. A.: "La culpa en el ámbito de la responsabilidad civil médica. Estado jurisprudencial y modalidades de manifestación", en *Calidad Asistencial*, 2005, Vol 20, núm 4.
- VALLS LLORET, J. D.: "La responsabilidad civil en negligencia médica. Su acreditación procesal", en *Derecho y Salud*, Vol. 8, nº 1, Enero-Junio 2000.
- XIOL RÍOS, J.A.: "La institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales", en *Administración Sanitaria Siglo XXI*, 2004.

Págs Web:

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10678-participe-por-titulo-lucrativo/>

<http://asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Diligencia%20Medica%20y%20R.%20Civil.PDF>

<http://www.diariomedico.com/2015/10/19/area-profesional/gestion/el-error-diagnstico-un-problema-infravalorado>

http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19232/dario_parra_tesis.pdf?sequence=1

<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=diagnosticar>

http://www.portalesmedicos.com/diccionario_medico/index.php/Diagnostico

Base de datos:

-Thomson Reuters ARANZADI <http://www.aranzadidigital.es>