

TEMA 9: RESPONSABILIDAD POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

9.1. La responsabilidad sanitaria como una responsabilidad por servicio

El centro del denominado **Derecho del consumo**, una parte del cual tiene zonas de coincidencia con el Derecho de daños, es el consumidor (de productos) y el usuario (de servicios). En el ámbito sanitario estamos ante un **régimen de los usuarios**.

Algunas advertencias previas son necesarias antes de proceder al análisis de la responsabilidad por prestaciones sanitarias. En general, en el ámbito de las prestaciones de servicios **las reglas principales de protección de los usuarios se encuentran sobre todo en el Derecho de los contratos** y, en la medida en que el daño se produzca en la esfera contractual prevista por el contrato, esta regulación será la llamada a aplicarse en el caso. La posición de los consumidores y usuarios queda protegida, en el Derecho de contratos, por la regulación específica existente, como por ejemplo la relativa a cláusulas abusivas, la prestación del consentimiento en los denominados contratos celebrados fuera de establecimiento o las garantías de los bienes de consumo. No obstante, ello no excluye que, en algunos supuestos, el daño se produzca fuera de la esfera contractual y que el Derecho de daños sea de aplicación. Este es el caso, habitualmente, de la responsabilidad sanitaria, que se estudia a continuación. Conviene recordar, no obstante, que muy a menudo, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es compleja (véase Tema 1).

Por otro lado, en los servicios **cada ámbito sectorial suele disponer de regulaciones (administrativas y civiles) propias** (por ejemplo, la Ley 21/1995, de 6 de julio, de Viajes combinados, o la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos), así como de especificidades jurisprudenciales (en materia de responsabilidad de los asesores jurídicos, por ejemplo). Aquí se analiza un supuesto concreto de responsabilidad, que tiene una gran repercusión social y jurídica, y que es objeto de desarrollos jurisprudenciales constantes: la responsabilidad sanitaria.

- **STS, 1ª, 4.3.2013 (RJ 2013\2167)**: a los daños causados por los servicios sanitarios les son aplicables los preceptos de la legislación de consumidores, pero a los actos médicos les son aplicables sus propias reglas de imputación de responsabilidad.
- **STS, 1ª, 3.7.2013 (JUR 2013\243246)**: Negligencia durante cesárea que provoca el nacimiento de un niño con una discapacidad muy grave. No se aplica la Ley de Consumidores. Dicha ley no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios.

9.2. ¿Responsabilidad por culpa y responsabilidad objetiva?

La regla de responsabilidad que rige la actividad de prestación médica en cuanto a su responsabilidad (contractual y extracontractual) es la de la culpa, y la diligencia exigible es una diligencia especializada (la denominada *lex artis*), no la ordinaria (la de la persona razonable, expresada en el patrón tradicional del buen padre de familia). Esta diligencia varía según la especialidad médica de que se trate.

Este parámetro de actuación concretado en la culpa, pacífico en la doctrina y la jurisprudencia, se corresponde con la naturaleza de la actividad médica y la incertidumbre de su resultado.

Algunas muestras de esta decidida posición en la jurisprudencia española que funda la responsabilidad médica en la culpa:

- **STS, 1ª, 12.2.2004 (RJ 2004\1127):** un joven que comenzó sano un tratamiento de acné acaba padeciendo una diabetes irreversible. El TS declara la grave negligencia de los médicos al no realizar un seguimiento de los análisis periódicos de glucosa. Por otro lado, la determinación de los daños y perjuicios atiende a la gravedad de la negligencia y no sólo al daño producido.
- **STS, 1ª, 12.3.2004 (RJ 2004\2146):** insuficiencia respiratoria aguda, lesiones hipóxicas cerebrales, pelionefritis y hipocitenia facial y temblor en la mano derecha de la actora tras haber sido sometida a una operación de ligadura de trompas. El TS declara la existencia de una negligencia médica por falta del adecuado control médico-analítico-radiológico.
- **STS, 1ª, 26.3.2004 (RJ 2004\1668):** tras sufrir una caída en bicicleta, se le diagnosticó herida en el labio superior con arrancamiento parcial de incisivos. Posteriormente, otro doctor consideró urgente reimplantar el incisivo y ferulizar los dientes adyacentes. El TS considera que los dos médicos actuaron conforme a la *lex artis*. Se declaran de aplicación los arts. 25, 26 y 28 LGDCU, pero los mismos no establecen una responsabilidad objetiva que prescinda totalmente del factor de la culpa, por lo que no cabía apreciar la responsabilidad de los médicos demandados.
- **STS, 1ª, 27.5.2004 (RJ 2004\3548):** fallecimiento como consecuencia de paro respiratorio irreversible por shock hipovolémico por hemorragia abdominal intraperitoneal, tras haber acudido a la doctora con dolores abdominales. El TS considera que la doctora actuó conforme a la *lex artis*, al realizar cuatro exploraciones, examen de rayos X de tórax y abdomen, y electrocardiograma.
- **STS, 1ª, 19.7.2004 (RJ 2004\5128):** minusvalía apreciada a un recién nacido después de practicar a la madre, diez días después de salir de cuentas, una cesárea. El TS declara que el ginecólogo actuó conforme a la *lex artis*, al mantener al recién nacido en la incubadora y ordenar su posterior traslado a otro centro. Asimismo, ordenó la realización de una monitorización fetal para el día siguiente a la exploración, pues no había indicios de que la paciente se pusiera de parto en horas posteriores.
- **STS, 1ª, 17.11.2004 (RJ 2004\7238):** lesiones irreversibles causadas a una paciente por un tratamiento coronario agresivo e innecesario. Aplicación de la técnica del resultado desproporcionado, del que se deriva una responsabilidad civil médica, que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia. Esto aporta una prueba de la culpa, una prueba de la que no precisa la responsabilidad objetiva. Por otro lado, se establece la responsabilidad solidaria de "Adeslas, S.A.", con la que estaban concertadas las clínicas que atendieron a la paciente. Esta responsabilidad convive con la contractual entre aseguradora y asegurado.
- **STS, 1ª, 23.11.2004 (RJ 2004\7384):** retraso mental severo diagnosticado a recién nacido, que en el momento del nacimiento había tenido que ser reanimado como consecuencia de movimientos lentos e irregulares. El TS declara responsabilidad médica al no haberse adoptado todas las medidas posibles para diagnosticar o evaluar el sufrimiento fetal que padecía el niño y, de este modo, evitar la lesión neurológica, agravada en este caso por haberse demorado el ingreso del menor en neonatología.
- **SJPI nº 63 Madrid 30.11.2004 (AC 2004\2065):** diagnóstico de neumonía, a pesar de que podría tratarse de malaria, pues el paciente había regresado de Kenya hacía poco y había padecido antes la enfermedad. A los dos días, el paciente volvió a la clínica, donde la doctora se ratificó en su diagnóstico. Ante la oposición de la familia de que regresara a su domicilio, se accedió al ingreso pero en una segunda clínica, donde no se le realizó ninguna prueba. Dos días después ingresó en la UVI, donde se le diagnosticó malaria. A los pocos días, el paciente falleció. El JPI nº 63 de Madrid considera que las clínicas actuaron negligentemente. Así, si bien la primera clínica realizó las pruebas pertinentes, no lo hizo con las debidas garantías pues, para descartar la enfermedad, se deben tomar y analizar, al menos, otras dos muestras. En cuanto a la segunda clínica, dio por buena la realización de la prueba para detectar la enfermedad del paciente y no acordó su traslado inmediato a otro centro preparada para tratar la enfermedad.
- **STS, 1ª, 17.1.2005 (RJ 2005\113):** amputación de pierna derecha después de haber sido atendido, desde los 7 años, por una diabetes mellitas insulino dependiente. El TS considera que el médico realizó un tratamiento conforme a la *lex artis* y excluye su responsabilidad.
- **STS, 1ª, 29.3.2005 (RJ 2005\203):** negligencia de la pediatra de urgencias y del hospital por el fallecimiento de un menor que, pese a su extrema gravedad, no fue ingresado en la UCI. Según el TS, la impericia se manifiesta como una forma de negligencia, por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde del daño causado, en la condición de deudor negligente (art. 1.101 CC). La responsabilidad contractual del médico depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta desplegada, lo que hace necesario un juicio de diligencia con la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica según el modelo ideal y

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

objetivo de conducta exigible en atención a la calificación profesional del deudor y a la naturaleza de la actividad prometida.

- **STS, 3ª, 24.1.2006 (RJ 2006\483):** denegación de indemnización a la familia de un paciente que falleció tras las complicaciones surgidas a raíz de una operación practicada por un médico residente. Para fijar la diligencia exigible es necesario recurrir al uso de las normas legales y reglamentarias, además de a la *lex artis* médica.
- **STS, 1ª, 8.2.2006 (RJ 2006\544):** incapacidad física tras habersele recetado un medicamento sin analizar los niveles de sodio, potasio y calcio de la paciente. Actuación negligente del médico, pues conocía los efectos negativos del tratamiento y no realizó los análisis oportunos que hubieran permitido corregir la excesiva pérdida de sodio.
- **STS, 1ª, 14.2.2006 (RJ 2006\884):** incorrecta realización de operación de legrado, que condujo a una posterior operación de extirpación de un segmento de la trompa de Falopio izquierda, limitando la procreación de la paciente a la inseminación artificial. Negligencia médica al no valorar correctamente la decisión de extirpar la trompa izquierda.
- **STS, 1ª, 15.2.2006 (RJ 2006\167):** sólo el diagnóstico que presenta un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar la responsabilidad médica. Por tanto, un diagnóstico defectuoso o un error médico no es, por sí mismo, causa de responsabilidad si se acredita que se utilizaron los medios adecuados ordinarios y se actuó con la diligencia debida para confirmar el diagnóstico.
- **STS, 1ª, 15.2.2006 (RJ 2006\692):** paciente fallece, tras varios reconocimientos, como consecuencia de un cáncer de próstata. Inexistencia de responsabilidad médica pues, en el momento en que el paciente fue tratado, el cáncer era irreversible y sólo se podía haber detectado mediante una intervención quirúrgica que, en su caso, se desaconsejaba.
- **SAP Madrid 23.3.2006 (ARP 2006\348):** lesiones por imprudencia grave derivadas de intervenciones quirúrgicas realizadas por médicos no especialistas en una clínica que no contaba con el equipo necesario. Consta que el director médico adoptaba todas las decisiones y decidía los médicos que intervenían. En esta situación de control, fue responsable de permitir que los pacientes no fueran debidamente informados de las posibles consecuencias de las operaciones a que debían someterse (art. 1903 CC).
- **STS, 1ª, 23.3.2006 (JUR 2006\116772):** metástasis tumoral diagnosticado tras ser sometida a quimioterapia y habersele practicado varias pruebas con resultado normal. Inexistencia de negligencia médica.
- **STS, 3ª, 15.3.2007 (JUR 2007\125275):** responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada del nacimiento de un niño con graves lesiones por retraso en la práctica de una cesárea. Mala praxis médica por retraso en la práctica del parto que provoca sufrimiento fetal muy grave. Daño moral calculado junto con el patrimonial de 600.000 €, por las graves secuelas físicas, psíquicas y neurológicas del menor (encefalopatía fija muy severa que se caracteriza por una microcefalia, crisis convulsivas, retraso psicomotor y afectación motora; estenosis bronquial derecha y bronquiectasia de lóbulo inferior derecho; retraso psíquico severo, retraso mental severo y problemas motores. Por su parte, la afectación neurológica le impide y le impedirá conseguir de una manera mínimamente aceptable hablar, caminar, adquirir agudeza visual y ser capaz de realizar labores de autocuidado).
- **STS, 1ª, 16.4.2007 (RJ 2007\3552):** respeto a la *lex artis* en la realización de las pruebas pertinentes, aunque no fueron capaces de detectar un cáncer de mama.
- **STS, 3ª, 24.5.2007 (La Ley nº 6807):** responsabilidad de la Administración por las secuelas sufridas por una paciente a la que se le practicó una laminectomía. No se adoptaron por el cirujano las medidas de precaución necesarias para seguir la evolución de la médula.
- **SAPV 2.7.2007 (ARP 2007\470):** falta de lesiones imprudentes por uso incorrecto del fórceps durante el parto que origina en el niño secuelas muy graves e irreversibles, acreedoras de una indemnización de 1.200.000 €.
- **STS, 3ª, 25.9.2007 (RJ 2007\7015):** indemnización por las secuelas sufridas tras intervención quirúrgica debidas a una incorrecta valoración del TAC previo practicado a la paciente. Responsabilidad de la Administración Pública. No se dice que se basa en la culpa, pero sí que debe haber incorrección (por omisión de los medios disponibles y requeridos por las circunstancias) en la actuación médica.
- **STS, 3ª, 25.9.2007 (RJ 2007\7017):** responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por nacimiento de un niño cuyo parto fue asistido sólo por una comadrona, presentando lesiones neurológicas graves causadas por sufrimiento fetal.
- **STS, 3ª, 10.10.2007 (RJ 2007\7321):** indemnización por falta de medidas sanitarias necesarias para tratar una complicación surgida tras una operación de cataratas y ausencia de consentimiento informado al paciente. Responsabilidad de la Administración sanitaria, que no ha probado, dado el resultado anómalo, que se hubiera empleado la *lex artis* en la operación. Valoración de los daños con efectos de trastornos psiquiátricos.
- **STS, 3ª, 3.10.2007 (RJ 2007\7462):** responsabilidad de la Administración sanitaria por los daños producidos a una paciente diabética al producirse una extravasación del líquido quimioterápico. Inversión de la carga de la prueba en caso de resultado anómalo.

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

- **STS, 1ª, 14.11.2007 (RJ 2008\14)**: responsabilidad sanitaria por defectuoso funcionamiento del centro sanitario por anestésico que provocó que a la paciente se le realizara una traqueotomía urgente causándole parálisis irreversible de una cuerda bucal, aunque no se identifica culpa individual de un profesional sanitario. El defectuoso funcionamiento del servicio sanitario puede fundar responsabilidad basada en el 1903 CC.
- **STS, 3ª, 15.10.2007 (RJ 2007\7619)**: ausencia de responsabilidad de la Administración por no existir mala praxis médica en el curso de una intervención quirúrgica a paciente con proceso degenerativo de columna y hernia de hiato. Falta de prueba de la mala praxis médica.
- **STS, 3ª, 12.11.2007 (RJ 2007\8393)**: responsabilidad sanitaria por el retraso en el diagnóstico y conocimiento de que en el curso de una histerectomía se le seccionó a la paciente el uréter, culminando con la pérdida de un riñón. Aunque no haya mala praxis individualizada, hay responsabilidad si el servicio de atención médica en su conjunto funcionó inadecuadamente. El baremo sólo es orientativo, no se aplica automáticamente a la responsabilidad patrimonial de la Administración.
- **STSJ Castilla-la-Mancha 3.12.2007 (JUR 2008\83823)**: ausencia de responsabilidad de la Administración sanitaria por la pérdida del ojo de una paciente tras ser intervenida de cataratas. En el caso de los servicios sanitarios, si no hay vulneración de la *lex artis*, el daño es un riesgo inherente a la operación que el paciente tiene el deber de soportar. La responsabilidad médica es por culpa, por vulneración de la *lex artis*.
- **STS, 3ª, 11.12.2007 (RJ 2007\9001)**: indemnización por la minusvalía y secuelas en una menor al no habersele efectuado la cesárea a tiempo. El retraso en la actuación médica a la vista de la situación clínica permite apreciar responsabilidad.
- **STS, 3ª, 19.6.2008 (JUR 2008\203447)**: desestimación de indemnización por retraso en la aplicación de un tratamiento médico. Violación de la *lex artis*.
- **STS, 1ª, 20.6.2008 (JUR 2008\203438)**: Daños sufridos a consecuencia de la histerectomía total con anexectomía izquierda que le fue practicada ante el estado de gravedad extrema que presentó tras haber dado a luz y que le ocasionó la pérdida de la capacidad de concebir en el futuro. La Administración sanitaria puede responder tanto por el hecho de su personal identificable (art. 1903 CC) como por defectuosa organización del servicio sanitario.
- **SAP Barcelona 27.5.2008 (JUR 2008\266915)**: lesiones por caída en centro de atención primaria. Responsabilidad del Instituto Catalán de Servicios Médicos. Aplicación del criterio del riesgo general de la vida. Inversión de la carga de la prueba de la culpa.
- **SAP Madrid 11.7.2007 (AC 2007\1749)**: responsabilidad por fracaso en la adopción. No procede la devolución de honorarios e indemnización de daños y perjuicios a los futuros adoptantes, pues el contrato de intermediación suscrito entre las partes era de medios y no de resultado.
- **STS, 1ª, 17.9.2008 (RJ 2008\5517)**: síndrome de Asherman sufrido por paciente sometida a procedimiento de legrado. En los casos de lesiones, el plazo de prescripción empieza a correr desde que la víctima conoce la realidad de su estado. No excluye la responsabilidad médica el hecho de que el efecto dañoso esté dentro del riesgo estadístico de la actuación médica si no se agotó la diligencia según el estado de la ciencia y la técnica.
- **SAP Illes Balears 30.9.2008 (AC 2009\130)**: daños derivados del nacimiento no planificado de un hijo (unwanted pregnancy). No se probó que los análisis clínicos fueran incorrectos.
- **STS, 1ª, 6.2.2009 (RJ 2009\1369)**: la responsabilidad de los servicios sanitarios requiere que el servicio haya sido defectuoso, no hay responsabilidad objetiva.
- **STS, 1ª, 20.7.2009 (RJ 2009\3161)**: responsabilidad del centro sanitario por fallo organizativo que retrasa una intervención. Culpa del centro. No se aplica el régimen de responsabilidad objetiva de la LGDCU.
- **STS, 3ª, 18.12.2009 (RJ 2010\2913)**: paciente indemnizado por las secuelas sufridas por intubación al ser anestesiado. Inversión de la carga de la prueba de la culpa del anestesista al intubar en aplicación del principio de facilidad probatoria.
- **STS, 3ª, 2.3.2010 (RJ 2010\3455)**: lesiones cerebrales producidas durante el parto. No hay responsabilidad de la Administración si no hay infracción de la *lex artis*.
- **STS, 1ª, 3.3.2010 (RJ 2010\3778)**: enucleación de un ojo debido a un tumor cancerígeno. La responsabilidad médica se basa en la infracción de la *lex artis*, que aquí no concurre. El error de diagnóstico no tuvo incidencia causal en el resultado.
- **STS, 3ª, 13.4.2011 (RJ 2011\3207)**: falta de relación causal entre la intervención quirúrgica y la infección causante del fallecimiento. La Administración sanitaria no responde porque las intervenciones respetaron la *lex artis*.
- **STS, 1ª, 1.6.2011 (RJ 2011\4260)**: desprendimiento de retina tras una operación de cataratas. No hay responsabilidad médica, pues no se vulnera la *lex artis*.
- **STS, 3ª, 16.11.2010 (RJ 2010\8515)**: la responsabilidad de la administración sanitaria desaparece si actúa conforme a la *lex artis*. El plazo de prescripción de la responsabilidad de la administración sanitaria es de 1 año.
- **STS, 1ª, 10.12.2010 (RJ 2011\137)**: condena por diagnóstico erróneo al no detectar a tiempo un infarto isquémico cerebral. Doctrina reiterada: aplicación del baremo del momento del hecho con cuantías actualizadas al momento del alta

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)
definitiva.

- **STS, 1ª, 30.3.2012 (RJ 2012\4529)**: aplicación del baremo para calcular los daños en el ámbito de la responsabilidad médica.
- **SAP Asturias 23.7.2012 (JUR 2012\279345)**: responsabilidad médica en operación de cirugía estética. Es por culpa, pero apreció vulneración de la *lex artis* por cuestiones leves.
- **STSJ Castilla y León 27.7.2012 (JUR 2012\275918)**: responsabilidad por negligencia médica en intervención ginecológica.
- **STS, 1ª, 28.6.2013 (Roj: STS 3519/2013)**: operaciones de cirugía estética que no alcanzan el resultado esperado. No se infringe la *lex artis*. No se aplica la Ley de consumidores.
- **STS, 1ª, 18.6.2013 (Roj: STS 3247/2013)**: encefalopatía hipóxico-isquémica o asfisia intraparto y consecuente parálisis cerebral grave con tetraparesia. La responsabilidad médica es por negligencia, pero implica no aumentar inadecuadamente los riesgos que sufre el paciente. En los casos de aplicación analógica, el demandante no puede usar el baremo para ciertos elementos de daño y no para otros, a su arbitrio.

La aplicación de la regla de responsabilidad por culpa en este ámbito encuentra buenas razones de apoyo también en el análisis económico del Derecho:

1. La regla de responsabilidad por culpa, de acuerdo con el modelo económico estándar de los accidentes, induce las conductas de precaución deseables en causante y víctima, si el nivel de diligencia exigible legalmente coincide con el socialmente óptimo desde el punto de vista económico. En el ámbito médico, al existir un referente científico externo y experto que auxilia a los tribunales en tal determinación, tal coincidencia es más fácil que en otros sectores en que los referentes no existen o son menos fiables (sectores financieros, empresariales, conductas ordinarias, conductas esporádicas).
2. La regla de responsabilidad objetiva, la gran alternativa a la regla de responsabilidad por culpa permite internalizar todas las externalidades negativas derivadas de una actividad. Pero si una actividad produce a la vez externalidades positivas, la responsabilidad objetiva disminuiría los niveles de actividad por debajo de los socialmente deseables. En cambio, la regla de responsabilidad por culpa, en la medida en la que incluye un subsidio implícito a las actividades sujetas a la misma, puede ser más adecuada para una actividad con importantes efectos externos positivos.
3. La regla de responsabilidad objetiva puede suponer un riesgo indemnizatorio excesivamente elevado para quienes participan en ella si son aversos al riesgo, otra vez con el efecto de una reducción indeseable de los niveles socialmente adecuados de la actividad.

Ahora bien, existen tres ámbitos, como mínimo, donde la vigencia del principio culpabilístico se cuestiona, afirmándose –o suscitándose, al menos- la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva, o muy similar al de la responsabilidad objetiva.

Estos supuestos son:

1. La denominada medicina voluntaria o satisfactiva

En este tipo de asistencia sanitaria, la persona solicita la prestación de un servicio sanitario que no tiene por objeto, estrictamente, la curación de una enfermedad o la corrección de una afección, como sucede con la medicina curativa. Los ejemplos más habituales de este tipo de medicina lo constituyen las intervenciones de planificación familiar (vasectomías, ligaduras de trompas), de cirugía estética (correctora, no reparadora) y odontológicas. Se debe advertir, sin embargo, que no nos encontramos estrictamente ante un régimen de

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

responsabilidad donde la obligación asumida sea de resultado y no de medios. Se afirma, asimismo, que los deberes de información se intensifican.

Sin duda, merece destacarse la STS, 1ª, 11.12.2001 (RJ 2011\2711) por la importante novedad que introduce en la jurisprudencia civil en materia sanitaria. Establece el Tribunal que las intervenciones realizadas con ocasión de la denominada “medicina voluntaria”, incluso cuando tiene finalidades curativas, constituyen una relación contractual entre médico y paciente que se califica como contrato de obra, que incorpora una obligación de resultado. De esta calificación se deriva que “es la parte obligada la que sufre la carga de probar que la inadecuada obtención del resultado no se debe a su actuación” (FJ 7º). La jurisprudencia anterior a esta sentencia calificaba los casos de medicina voluntaria como contratos de arrendamiento de servicios que se aproximan al arrendamiento de obra (en este sentido, por ejemplo, la STS, 1ª, 28.6.1997 (RJ 1997\5151): muerte de paciente que se somete a un *lifting*).

Otros ejemplos:

- **STS, 1ª, 22.6.2004 (RJ 2004\3958):** intervención de reducción de mamas para remediar los dolores de espalda derivados de su hipertrofia mamaria y de una osteoporosis en fase inicial. Como consecuencia de la operación, sufrió una necrosis masiva del único pecho intervenido con la pérdida total de la zona areola-pezones. El TS considera que la intervención tuvo una finalidad curativa y satisfactoria, por lo que la prestación médica participó del doble carácter de obligación de medios y de resultado. El demandado se ofreció personalmente a practicarla pese a no ser especialista en cirugía plástica, estar próxima su jubilación y no haber llevado a cabo intervenciones similares en muchos años antes. Asimismo, consta que aplicó una técnica de los años 60 y que la operación tuvo una duración anormal. En todo caso, la carga de la prueba recae sobre el médico.
- **STS, 1ª, 29.10.2004 (RJ 2004\1052):** embarazo de la esposa de Alfredo, después de que éste se hubiere sometido a una vasectomía. El TS establece que, en las vasectomías, la obligación del médico no es de medios sino de resultado. Para tener derecho a una indemnización, Alfredo debió probar su paternidad respecto al hijo fruto del embarazo de su esposa.
- **SAP Valencia 11.3.2005 (JUR 2005\131307):** daños y perjuicios sufridos tras una operación de cirugía correctora en abdomen y mamas. El TS califica el contrato que une al paciente con el médico como un arrendamiento de servicios que obliga al facultativo a poner los medios para la deseable curación del paciente. Sin embargo, al tratarse, no de medicina curativa, sino meramente voluntaria, se pretende la obtención de un determinado resultado. Ello obliga al facultativo a la utilización de los medios idóneos y al deber de informar a la paciente sobre los riesgos de la operación quirúrgica, lo que no se dio en este caso. Por otro lado, en cuanto a la cuantificación de los daños, el baremo no es vinculante y debe descartarse la predisposición previa a las lesiones psíquicas.
- **STS, 4ª, 23.10.2008 (RJ 2008\5789):** fallecimiento como consecuencia de producirse durante el embarazo una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp. Distinción entre medicina satisfactoria y curativa: la fecundación in Vitro es satisfactoria, pero el tratamiento de las complicaciones del embarazo es curativa. Se aplica la doctrina del daño desproporcionado, pero se justificó la causa y la falta de negligencia médica.

2. La aplicación del art. 148 RD Leg. 1/2007 (antiguo art. 28 LGDCU)

El artículo 148 RD Leg. 1/2007 (vigente en lo relativo a los servicios, no los productos) establece un régimen de responsabilidad objetiva que es de aplicación a los “servicios sanitarios”. Del estudio de la jurisprudencia sobre este artículo (por ejemplo, STS, 1ª, 17.11.2004) llama la atención que se haya aplicado más a centros sanitarios que a profesionales individuales de la sanidad y que, incluso para estos últimos, se haya cuestionado la aplicación de dicho régimen.

De hecho, podemos leer en la STS, 1ª, 26.3.2004 (RJ 2004\1668) que: *“Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica o hospitalaria aplican el artículo 28 L 26/1984, cuyo apartado 2 hace expresa mención de los “servicios sanitarios”, después de que su apartado 1º establezca una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva... No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones*

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario [...] o a consecuencia de transfusiones de sangre [...], de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención [...] o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención". Y concluye: "... la lectura de los artículos 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984 y su interpretación racional y en conjunto no autoriza a prescindir del referido factor de culpa en el presunto responsable...".

La doctrina de la sentencia constituye una reacción a la STS, 1ª, 31.1.2003 (RJ 2003\646). No obstante, la STS, 1ª, 7.10.2004 (RJ 2004\6229) vuelve a aplicar el art. 28 LGDCU en un caso de responsabilidad sanitaria.

3. La sanidad pública

Los arts. 139 y ss. L 30/1992 establecen un régimen de responsabilidad objetiva para la Administración Pública, régimen que es de aplicación a los daños producidos con ocasión de la práctica de la medicina en centros públicos. Algunas muestras de la aplicación de este rigor en la responsabilidad en relación con la prestación sanitaria pública:

- **STS, 3ª, 24.10.2003 (RJ 2003\266259)**: dos personas fallecieron a causa del germen *aspergillus* tras ser sometidas a una intervención quirúrgica. El TS declara la responsabilidad de la Administración por la infección hospitalaria.
- **STJ Cataluña 2.4.2004 (JUR 2004\154100)**: una paciente fue intervenida quirúrgicamente por presentar un útero de tamaño similar al de una gestación de 12 semanas y de consistencia dura. Como consecuencia de la operación, se le extirpó un ovario y sufrió como secuela incontinencia urinaria. Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria pues una cosa es que la intervención pueda estar indicada y, otra, que el alcance de ésta esté plenamente justificado. El contenido del informe pericial puede provocar el traslado de la carga de la prueba al demandado
- **STS, 3ª, 20.12.2004 (RJ 2005\1597)**: meningitis derivada de la realización de una prueba radiológica con contraste en lugar de un TAC. No puede eximirse de responsabilidad a la Administración por el hecho de que el hospital en que tuvo lugar la operación careciera de dicho medio de diagnóstico pues, en este caso, debió remitir al paciente a otro hospital del "INSALUD". Por otro lado, si las lesiones irreversibles son susceptibles de empeorar, y empeoran, se puede ejercitar la acción aunque haya transcurrido más de 1 año desde la incapacidad permanente.
- **STS, 3ª, 10.2.2005 (JUR 2005\61606)**: fallecimiento de Adolfo como consecuencia de perforación de la úlcera gástrica. El TS declara la responsabilidad de la Administración sanitaria por la demora en el diagnóstico, que impidió poder descartar o detectar la perforación.
- **STS, 1ª, 20.4.2006 (RJ 2006\3249)**: infarto de miocardio sufrido tras ser dado de alta con diagnóstico de ansiedad y pirosis. Responsabilidad de la Administración sanitaria por incumplimiento de sus obligaciones de cuidado y asistencia, pues el paciente debería haber permanecido en observación para completar el estudio, aunque para ello fuera necesario su ingreso en planta.
- **STS, 1ª, 19.5.2006 (RJ 2006\3277)**: responsabilidad del INSALUD por la muerte de un paciente como consecuencia del defectuoso funcionamiento de un hospital, aunque no se pueda individualizar al personal médico al que son imputables las omisiones del cuidado debido.
- **STS, 3ª, 28.6.2006 (JUR 2006\197739)**: responsabilidad del INSALUD por las graves lesiones con las que nació una niña, a cuya madre no se le había detectado un embarazo de gemelos.

Ahora bien, dada la dureza del régimen de responsabilidad objetiva para la Administración Pública, lo que resulta todavía más evidente si se trata de supuestos relacionados con la práctica de la medicina, la jurisprudencia ha evitado su aplicación acudiendo a dos mecanismos:

- a) Por un lado, afirmando que no hay relación causal entre el acto médico y el daño sufrido. Ej.: STS, 3ª, 11.11.2004 (RJ 2004\7721): no se considera que la pérdida de la visión de la víctima se debiera a la intervención a que había sido sometida.

b) Del otro, sosteniendo que el daño no es antijurídico y que, por ello, lo debe soportar el paciente. Este argumento se extrae de lo establecido en el art. 141.1 L 30/1992, según el cual: “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos...”. Los ejemplos más claros de aplicación del deber jurídico de soportar el daño los constituyen los casos de contagios de VHC con anterioridad al aislamiento del (STS, 3ª, 4.10.2004, RJ 2004\6537). Es en este contexto donde el Tribunal Supremo ha reiterado, en muchas ocasiones, que el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva no significa la existencia de un seguro universal para todos los daños que se puedan sufrir en el transcurso de la asistencia sanitaria.

9.3. Algunas reglas especiales de la responsabilidad sanitaria

La doctrina jurisprudencial relativa a la responsabilidad sanitaria ha ido creando un conjunto de reglas que desarrollan los principios generales antes analizados en materia de responsabilidad por prestación sanitaria y que pueden tener impacto claro en la resolución de un caso. Además, las mismas implican un incidencia clara en la inversión de la carga de la prueba de la conducta del médico, personal sanitario o centro sanitario, en cuanto ajustada a la diligencia exigible.

a) Prestación de consentimiento informado

El consentimiento informado es “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud” (art. 3 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información clínica*; y art. 6 Llei 21/2000, de 29 de desembre, *sobre els drets d’informació concernent la salut i l’autonomia del pacient, i la documentació clínica*).

- STS, 1ª, 15.11.2006 (RJ 2006\8059): ineficacia de los documentos tipo para obtener el consentimiento debidamente informado del paciente. Se requiere una información personalizada, que es incompatible con los formularios tipo.

La acreditación de la obtención del consentimiento informado, según la doctrina jurisprudencial, recae sobre el médico o centro sanitario, por razón de la mejor posición que ocupan para demostrarlo. Así se ve tanto en la Sala Primera (STS, 1ª, 12.1.2001, RJ 2001\3) como en la Sala Tercera (STS, 3ª, 4.4.2000; RJ 2000\3258- y, más recientemente, STS, 3ª, 18.1.2005 -RJ 2005\995-, que recoge la doctrina establecida). Cuestión distinta es la relativa a demostrar que el consentimiento informado se otorgó de manera correcta, es decir, conociendo los riesgos, expectativas de éxito y tratamientos alternativos. La acreditación de este hecho parece que debe recaer en el paciente.

Una nota característica de la última jurisprudencia española sobre daños producidos durante la asistencia sanitaria consiste en fundamentar las pretensiones indemnizatorias en el hecho que el paciente no recibió la información necesaria para madurar con suficiente conocimiento la decisión de someterse a una concreta intervención, y no en la diligencia en la ejecución del acto médico concreto.

- STS, 1ª, 17.10.2001 (RJ 2001\8741): contagio de VIH por transfusión sanguínea en el transcurso de un parto en agosto de 1985. El Tribunal confirma la indemnización de 25 millones de pesetas establecida por la Audiencia por la falta de consentimiento informado, pues la mujer no había sido advertida de la posible transfusión ni de los peligros de contagio de enfermedades por esta vía, así como de las alternativas posibles; en cambio, el caso no trata si la actuación médica en sentido estricto fue o no diligente.

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

- **STS, 1ª, 8.9.2003 (RJ 2003\ 6065):** Estibaliz, tras ser intervenida para erradicarle un bocio nodular, padeció una disfonía. El TS declara la responsabilidad médica dado el deber del médico de informar de los riesgos de la intervención a pesar de que no existiera un tratamiento alternativo para la erradicación del bocio.
- **STS, 3ª, 20.12.2004 (JUR 2005\88913):** como consecuencia de una hernia discal, la paciente fue intervenida en diversas ocasiones, presentando finalmente la enfermedad de *Brown Sequard*. El TS declara la responsabilidad de la Administración sanitaria por falta de consentimiento informado.
- **STS, 8.2.2005 (RJ 2005\949):** tras someter a un paciente a una vasectomía, su mujer quedó embarazada y tuvo una hija. Posteriormente, se realizó una nueva vasectomía y su esposa se volvió a quedar embarazada, sufriendo esta vez un aborto. El TS declara la responsabilidad contractual del médico por no informar al paciente de que la operación no era infalible y de que era necesario que la pareja adoptara medidas anticonceptivas durante un periodo de tiempo prudencial.
- **STS, 3ª, 9.5.2005 (RJ 2005\4902):** indemnización por daño moral a una mujer a la que no se informó de la posibilidad de volver a quedar embarazada tras una ligadura de trompas. Tras someterse a dicha operación, se volvió a quedar embarazada y, posteriormente, fue diagnosticada de espondilolisis y sufrió un desprendimiento de retina. La acción de responsabilidad no puede entenderse prescrita pues, pese haber transcurrido más de 1 año desde el nacimiento hasta la reclamación en vía administrativa, ello se explica porque la actora entendió que los trastornos físicos que sufría de manera sucesiva tras el parto eran consecuencia de éste y del precedente embarazo. Por tanto, dado que la acción se ejerció dentro del plazo de 1 año a contar desde que se produjo el desprendimiento de retina, la acción no habría prescrito. Por otro lado, la existencia de información verbal se considera suficiente para entender que ha habido consentimiento informado y la información no escrita invierte la carga de la prueba contra la Administración. Finalmente, no ha quedado acreditado el nexo causal entre el embarazo no deseado y las secuelas.
- **STS, 3ª, 22.6.2005 (RJ 2005\5323):** responsabilidad de la Administración sanitaria por ausencia de consentimiento informado en la realización de un TAC con contraste a una paciente con graves patologías. Aunque el fallecimiento no fuera consecuencia del TAC, el daño consistente en la creación de una situación de grave riesgo es indemnizable.
- **STS, 1ª, 21.10.2005 (RJ 2005\8547):** infracción del deber de información en intervención de cirugía estética para eliminar unas pequeñas cicatrices en el rostro, con riesgo muy improbable. Inexistencia de causalidad jurídica, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del riesgo general de la vida o porque la intervención no ha sido la causa próxima o adecuada. Por otro lado, el deber de información no cubre los riesgos muy remotos o inusuales, si bien se debe diferenciar entre los casos de medicina asistencial y los de medicina satisfactiva a efectos de dicho deber. Así, en medicina satisfactiva, el deber de información sólo se excluye para los riesgos ignorados.
- **STS, 1ª, 10.5.2006 (RJ 2006\2399):** responsabilidad médica por omisión del deber de información al paciente, aunque la operación que se iba a practicar era la única alternativa de curación. A la hora de cuantificar el perjuicio, se debe tomar en consideración, no sólo el carácter de la intervención sino el hecho de que el riesgo que se afrontaba, aun previsible y posible, no era una consecuencia necesaria de la misma y pudo concluirse de forma satisfactoria. Estas circunstancias resultan relevantes para fundamentar una indemnización derivada de la pérdida de oportunidad, bien porque la intervención no era ineludible y necesaria, bien porque se privó al paciente de poder desistir de la misma, al no presentarse como urgencia quirúrgica. Por otro lado, no resulta de aplicación la responsabilidad del art. 1903 CC al centro médico que deja sus instalaciones, pero su relación laboral o contractual con el médico causante.
- **STS, 3ª, 26.10.2006 (RJ 2006\8020):** inexistencia de responsabilidad de la Administración derivada del fallecimiento de una paciente tras ser operada de un cáncer de páncreas que no padecía. Prueba de que la paciente fue informada de los riesgos, la intervención, etc. y de que prestó su consentimiento libre a la operación.
- **STS, 1ª, 17.4.2007 (RJ 2007\3541):** el deber de información del médico no tiene alcance universal y no se extiende a los riesgos atípicos o extraordinarios.
- **STS, 1ª, 23.5.2007 (RJ 2007\4667):** embarazo de la esposa del demandante después de que éste se sometiera a una vasectomía. Requisitos de la medicina satisfactiva o voluntaria: "El deber de información en la medicina satisfactiva (...), en la doctrina reiterada por la jurisprudencia de esta Sala y destacada por la parte recurrente, 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". En el caso, la información fue completa y detallada.
- **SJPI nº 10 Murcia 23.3.2007 (AC 2007\840):** responsabilidad por la paraplejía a la que evolucionó la parálisis reversible que sufría una menor a su ingreso hospitalario y que sobrevino por no haber sido intervenida urgentemente.
- **STSJNA, 3ª, 26.9.2007 (JUR 2008\86405):** Requisitos de información para el consentimiento informado. No se considera como tal el documento en que el paciente se limita a aceptar una intervención, no constando información sobre su

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

concreta dolencia ni sobre las consecuencias directas que afecten a su personal situación.

- **STS, 1ª, 29.7.2008 (RJ 2008\4634):** responsabilidad médica. La exigencia de constancia escrita de la información al paciente es *ad probationem*.
- **STS, 1ª, 21.1.2009 (RJ 2009\1481):** la prestación escrita del consentimiento informado tiene valor probatorio, pero no es condición del efecto jurídico propio del consentimiento.
- **STS, 1ª, 13.10.2009 (JUR 2009\435754):** reconocimiento de la existencia de consentimiento informado en operación ocular mediante láser. La constancia por escrito tiene carácter *ad probationem*, y lo decisivo es la efectiva información al paciente y la voluntariedad del mismo.
- **STS, 3ª, 27.10.2009 (JUR 2009\451181):** estrechamiento de la aorta como consecuencia de una intervención quirúrgica. Existencia de consentimiento informado, pues se informó de las posibles complicaciones y secuelas consiguientes.
- **SAN 10.3.2010 (JUR 2010\90756):** operación de ligadura de trompas. No hay responsabilidad médica ni de la Administración sanitaria. La intervención fue conforme a la *lex artis* y hubo consentimiento informado adecuado.
- **SAP Barcelona 23.12.2009 (AC 2010\708):** indemnización de daños y perjuicios causados por un tratamiento oncológico inadecuado. Consentimiento informado: la aplicación de un tratamiento agresivo sin la debida información vulnera el deber de procurar consentimiento informado y genera responsabilidad.
- **STS, 3ª, 4.5.2010 (RJ 2010\4780):** responsabilidad médica por falta del consentimiento del paciente a una intervención quirúrgica de clavícula.
- **STS, 3ª, 23.3.2011 (RJ 2011\2512):** infracción de la *lex artis* por falta de consentimiento informado. Se indemnizan el daño moral y las secuelas de la intervención cuyo consentimiento se omitió.
- **STS, 3ª, 7.12.2011 (RJ 2012\145):** urgencia de la intervención como modulación al rigor de exigencia del consentimiento informado.
- **STS, 1ª, 16.2.2012 (Roj: STS 279/2012):** falta de consentimiento informado. No es daño moral ni daño por intervención defectuosa, sino daño por pérdida de oportunidad de haber rechazado la intervención aconsejable médicamente. Se compensa con indemnización probabilística en relación con el resultado dañoso de la intervención. Responsabilidad de la aseguradora por el seguro de salud o cobertura sanitaria.

Conviene advertir que la pretensión no se fundamenta en la negligencia de la intervención médica, asistencial o quirúrgica, sino en la imposibilidad de ejercicio por el paciente de su autonomía privada. Ello aboca en dos problemas: por un lado, en si los casos de actuación médica diligente pero sin el consentimiento informado han de ser indemnizados; del otro, en la correcta cuantificación de la indemnización.

La primera de las cuestiones tiene diferentes tratamientos jurisprudenciales: mientras la Sala Primera permite su reparación (STS, 1ª, 8.9.2003 -RJ 2003\6065), la Sala Tercera considera que ésta no es necesariamente procedente (STS, 3ª, 26.2.2004 -RJ 2004\3889).

b) Inversión de la carga de la prueba de la culpa

La regla procesal y material en materia de responsabilidad sanitaria es que no se produce una inversión de la carga de la prueba, ni de la causalidad ni de la negligencia, que en cambio sí se da en actividades de riesgo.

- **STS, 1ª, 20.3.2001 (RJ 2001\4744):** *“Frente a los resultados de la prueba que se exponen no cabe que se rearguya sobre una supuesta infracción de las reglas sobre la inversión de la carga de la prueba, creadas jurisprudencialmente, que, precisamente, en el núcleo fundamental de la responsabilidad, por acto médico, nunca se ha establecido...”*.
- **STS, 1ª, 4.2.2002 (RJ 2002\1593):** *“El juicio de esta Sala sobre la posible infracción del art. 1902 pasa necesariamente por declarar el acierto de la sentencia impugnada al rechazar cualquier tendencia objetivadora, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, pues tal rechazo era una constante en la jurisprudencia de esta Sala anterior al pronunciamiento recurrido y lo sigue siendo en la actualidad, bien es cierto que no sin ciertas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva”*.
- **STS, 1ª, 10.2.2004 (RJ 2004\456):** operación de corrección de miopía con láser. El TS declara la actuación diligente del médico y la existencia de consentimiento informado de la paciente.

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

- **STS, 1ª, 15.12.2004 (RJ 2004\1230):** fallecimiento de paciente que padecía neurofibromatosis. El TS declara la inexistencia de negligencia médica y sanitaria, pues a pesar que la enfermedad estaba diagnosticada desde hacía años en un centro distinto a aquél en que trabajaba la doctora demandada, no se aportó a ésta ningún dato clínico de dicho padecimiento para que pudiera decidir el alcance de la enfermedad. Es decir, el diagnóstico se debe basar en datos conocidos o cognoscibles y no en teorías hipotéticas o imaginarias.
- **STS, 1ª, 8.11.2007 (Nº sentencia: 1154/2007):** responsabilidad solidaria de la aseguradora y del médico que practicó una sesión de “láser argón”, perdiendo la paciente la visión de un ojo. Inversión de la carga de la prueba de la culpa por el principio de facilidad y disponibilidad probatoria.
- **STS, 3ª, 19.4.2011 (RJ 2011\3643):** exoneración de responsabilidad por anormal funcionamiento de la Administración sanitaria, pues no se prueba un deficiente diagnóstico, atención o tratamiento.
- **STS, 3ª, 14.6.2011 (RJ 2011\5294):** responsabilidad de la Administración sanitaria por los daños derivados a causa del tratamiento tardío por infección sobrevenida. En virtud del art. 217.6 LEC, invierte la carga de la prueba del nexo causal y observancia de la *lex artis* en caso de proceso de infección sobrevenido en hospital, con resultado de daño cerebral.

Ahora bien, existen distintas bases para proceder a alterar la atribución normal de la carga de la prueba de la culpa en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios:

1. **La facilidad y disponibilidad probatorias:** El art. 217.6 LEC permite a los jueces y tribunales modificar la asignación de la carga de la prueba de los hechos controvertidos (la culpa, en este caso) en atención a las circunstancias del caso, que permitan concluir que la mayor facilidad y posibilidad de acceso a elementos de prueba por una de las partes debe hacer que se esta quien despeje las dudas e incertidumbres sobre la existencia del evento –o aspecto de este- que permanece no acreditado ante el juzgador.

Este principio tiene una base económica razonable, pues si el sistema jurídico desea minimizar los costes procesales de presentación de prueba la solución más atractiva sería la de atribuir la carga de al prueba en términos de la probabilidad de reducir al mínimo esos costes probatorios.

En términos más técnicos, si se denomina

Prob (X/Y) = probabilidad de que el causante haya sido negligente, condicionada al acaecimiento del daño.

Prob (~X/Y) = probabilidad de que el causante no haya sido negligente, condicionada al acaecimiento del daño.

C Pv = coste de presentar prueba para la víctima.

C Pc = coste de presentar prueba para el causante,

se debería atribuir la carga de la prueba al demandante si y sólo si se cumple la siguiente desigualdad:

$$\text{Prob (X/Y)} \times \text{C Pv} < \text{Prob (~X/Y)} \times \text{C Pc}$$

Por la regla de Bayes esta condición equivale a la siguiente:

$$\frac{\text{Prob (Y/X)}}{\text{Prob (Y/ ~ X)}} \times \frac{\text{Prob (X)}}{\text{Prob (~ X)}} \times \frac{\text{C Pv}}{\text{C Pc}} < 1$$

que sería, por tanto, la condición para que resultara eficiente atribuir la carga de la prueba al demandante (víctima), y donde el cociente entre Prob (X) y Prob (~X), es simplemente la *ratio* general en la sociedad entre negligencia y diligencia en la actividad dañosa de que se trate, en este caso la de prestación de servicios sanitarios.

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

Si consideramos entonces la inversión de la carga de la prueba de la culpa en perjuicio del demandado –el médico, aquí– la condición de eficiencia será:

$$\frac{\text{Prob (Y/X)}}{\text{Prob (Y/ ~ X)}} \times \frac{\text{Prob (X)}}{\text{Prob (~ X)}} \times \frac{C_{Pv}}{C_{Pc}} > 1$$

El segundo multiplicando de la parte izquierda de la desigualdad será, ordinariamente, muy inferior a 1 (de lo contrario, se estaría ante una actividad en la que, con independencia de que se produzca un daño, la negligencia es más frecuente que la diligencia, lo cual es casi descartable por hipótesis en el ámbito médico).

La expresión del primer multiplicando es tanto más próxima a 1 cuanto más inherentemente peligrosa es una actividad, lo cual quiere decir que, *ceteris paribus*, es tanto más difícil que se cumpla la condición de eficiencia para la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del demandado cuanto más intrínsecamente peligrosa es una actividad.

El tercer multiplicando se refiere a las diferencias de coste en el acceso y presentación de prueba, de modo que cuanto mayor sea esta ratio (más costoso sea para la víctima, en relación con el coste para el médico), más probable es que se cumpla la condición, y que sea eficiente atribuir la carga de la prueba (de su no-culpa en este caso) sobre el médico o centro sanitario.

STS, 3ª, 2.11.2007 (RJ 2008\463): responsabilidad patrimonial de la Administración por el nacimiento de una niña con parálisis cerebral debido a sufrimiento fetal en el parto y no apreciado por los médicos. No se adoptaron todos los medios posibles para apreciar y evitar el sufrimiento fetal en el parto (parece que diligencia mayor por ser una Administración sanitaria). Principio de disponibilidad probatoria. Una lógica valoración de la prueba no permite que la Administración, causante de la falta de aportación de una prueba decisiva para la determinación de los hechos, resulte beneficiada de dicha ausencia.

2. La teoría de los daños desproporcionados: Constituye otra excepción importante a la regla comentada según la cual la prueba de la culpa médica corresponde al demandado. Según esta teoría, se presume la negligencia en el acto médico cuando se produce un daño impropio del acto concreto y que, sin una conducta negligente, no se hubiera producido. Los tipos de daños manifestados son totalmente desorbitados en relación con los riesgos propios de la concreta actividad médica. Esta teoría fue definida por la STS, 1ª, 19.7.2001 (Ar. 5561):

“la... jurisprudencia [...] ha venido a establecer, cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente, no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba según aquellas sentencias reseñadas, esencialmente la última de ellas, que han venido estableciendo por razón de aquella desproporción de resultados que, con más facilidad que nadie, puede justificar el autor de la actividad de la que el mal resultado surge si es que éste ha sido por propia culpa o por causa inevitable e imprevisible”.

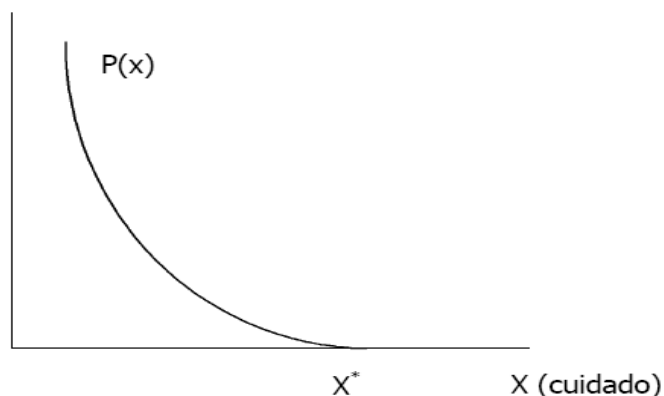
Esta doctrina de los daños desproporcionados está estrechamente emparentada con la expresada por la máxima *res ipsa loquitur*. Esta doctrina, originaria del *Common Law*, autoriza al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual a obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de aportar prueba de la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy

difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida.

Una versión extrema de la doctrina *res ipsa loquitur* (que no es la empleada por el Tribunal Supremo español) es la que presume la culpa sin posibilidad de prueba en contrario. Esta presunción irrefutable sólo tiene sentido si la relación entre cuidado y probabilidad del accidente es como la que representa la siguiente figura .

Figura 5

P (probabilidad de accidente)



En la misma se observa cómo en el nivel de cuidado socialmente óptimo, denominado x^* la probabilidad de accidente y acaecimiento del daño es cero. En otras palabras, la materialización del accidente es señal inequívoca de que el causante no ajustó su comportamiento a toda la diligencia social y legalmente requerida. Una presunción *iuris et de iure* de culpa, que vendría a ser un caso extremo de inversión de la carga de la prueba de la culpa, resulta justificada sólo bajo tales condiciones.

Sin embargo, es difícil imaginar que la probabilidad de accidente resulte completamente eliminada, incluso extremando las medidas de precaución. Por ello es más lógico que la aplicación de la doctrina de la *res ipsa loquitur* suponga una inversión probatoria rebatible por prueba contraria.

En este sentido, será más factible que se satisfaga la condición de eficiencia de la inversión de la carga probatoria si se piensa en el suceso Y no como el mero acaecimiento del accidente y el daño, sino como el acaecimiento rodeado de ciertas circunstancias concomitantes que precisamente hacen que la probabilidad del suceso, dada la negligencia del causante - esto es, $\text{Prob}(Y/X)$ - sea apreciablemente superior a la probabilidad del suceso dada la diligencia del causante - esto es, $\text{Prob}(Y/\sim X)$ -.

Como lo expresa el Tribunal Supremo en la STS, 1ª, 9.12.1998, que el evento dañoso se haya producido de tal modo o rodeado de tales circunstancias que se convierta en un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente del causante. Y ello será tanto más probable, *ceteris paribus*, cuánto menos intrínsecamente peligrosa sea la actividad generadora de daño. La utilización de la doctrina por el Tribunal Supremo en este sector de responsabilidad por la prestación de servicios médicos y sanitarios, que el propio Tribunal considera como una actividad que no debe ser regulada, en principio, por la responsabilidad objetiva o por riesgo, parece confirmar esta conclusión del análisis teórico.

Otros ejemplos del uso de la doctrina por parte del Tribunal Supremo de los daños desproporcionados:

- STS, 1ª, 22.5.1998 (RJ 1998\3991): muerte de paciente al ser tratado de un flemón.
- STS, 1ª, 29.6.1999 (RJ 1999\4895): muerte de paciente por parada cardiorespiratoria después de habersele extirpado la vesícula biliar.

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

- **STS, 1ª, 14.5.2001 (RJ 2001\6204):** parálisis braquial producida a recién nacido en el transcurso del parto.
- **STS, 1ª, 17.5.2002 (RJ 2002\6748):** menor que se somete a una intervención de apendicitis y que sufre quemaduras en el abdomen y tumor de testículo.
- **STS, 1ª, 23.12.2002 (RJ 2002\914):** parálisis cerebral infantil por padecimiento fetal agudo.
- **STS, 1ª, 30.1.2003 (RJ 2003\ 931):** feto sufre lesiones durante el alumbramiento. El TS establece que el ginecólogo actuó de manera negligente al maniobrar empujando el abdomen de la paciente y causó un daño desproporcionado.
- **STS, 1ª, 31.1.2003 (RJ 2003\646):** incontinencia anal parcial tras intervención de hemorroides sangrantes y fisura anal. El TS establece que el cirujano causó un daño desproporcionado al paciente.
- **STS, 1ª, 8.5.2003 (RJ 2003\3890):** Marisol sufrió un accidente de esquí que le causó una fractura de espina tibial, de la que fue intervenida en diversas ocasiones, quedándole graves secuelas. El TS considera que el largo periodo de tratamiento, con tres intervenciones de por medio y con el resultado de graves secuelas, es suficiente para deducir la negligencia médica de acuerdo con la regla *res ipsa loquitur*.
- **STS, 1ª, 7.10.2004 (RJ 2004\6229):** invalidez permanente como consecuencia de la rotura espontánea de un tendón, después de que hubiera sido atendida por un corte con cristales en la palma de la mano. El TS considera que el médico actuó conforme a *la lex artis*, la actuación en el postoperatorio no agotó todos los medios que la situación requería. Asimismo, aplica el principio *res ipsa loquitur*, pues un evento dañoso de dicha gravedad normalmente no se produce si no por razón de una conducta negligente.
- **STS, 1ª, 17.11.2004 (RJ 2004\7238):** lesiones irreversibles causadas a una paciente por un tratamiento coronario agresivo e innecesario. Aplicación de la técnica del resultado desproporcionado, del que se deriva una responsabilidad civil médica, que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a una negligencia. Esto aporta una prueba de la culpa, una prueba de la que no precisa la responsabilidad objetiva. Por otro lado, se establece la responsabilidad solidaria de "Adeslas, S.A.", con la que estaban concertadas las clínicas que atendieron a la paciente. Esta responsabilidad convive con la contractual entre aseguradora y asegurado.
- **STS, 1ª, 20.6.2006 (JUR 2006\101837):** fallecimiento de la paciente tras ser intervenida de una colestectomía laparoscópica. La muerte es un daño desproporcionado a lo que resulta usual en la intervención médica que se le practicó.
- **STS, 1ª, 5.1.2007 (RJ 2007\552):** infección hospitalaria subsiguiente a una intervención quirúrgica causada por una bacteria resistente a los antibióticos. Responsabilidad basada en la LGDCU, entendida no como responsabilidad objetiva, y también en el art. 1903 CC. La doctrina del daño desproporcionado no implica responsabilidad objetiva.
- **STS, 1ª, 16.4.2007 (RJ 2007\4332):** secuelas sufridas por una paciente debido a una infección bacteriana postoperatoria no detectada por falta de empleo del medio diagnóstico adecuado. Aplicación del daño desproporcionado para probar la culpa del médico. La responsabilidad del cirujano puede incluir las garantías de asepsia de las prótesis.
- **STS, 1ª, 23.5.2007 (RJ 2007\3273):** muerte de paciente que, tras ser sometido a una sencilla operación de corrección de tabique nasal, sufrió hipoxia y entró en coma profundo. Aplicación de la doctrina del daño desproporcionado: "se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera determinar una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede terminar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que excluya la imputación de los daños".
- **SAP Alicante 23.10.2007 (AC 2007\2106):** indemnización a paciente que, tras someterse a inseminación artificial, quedó tetrapléjica. Utilización de la doctrina de los daños desproporcionados para determinar tanto la conexión causal como la negligencia. El consentimiento informado es preciso, no sólo para intervenciones quirúrgicas, sino para todo procedimiento diagnóstico o terapéutico que sea invasivo.
- **STS, 1ª, 19.10.2007 (RJ 2007\7308):** fallecimiento de un menor tras ser operado de amigdalitis. Implicación de la doctrina del daño desproporcionado para entender producida la negligencia médica.
- **STS, 1ª, 20.7.2009 (RJ 2009\3161):** niño nacido con graves secuelas por la demora en la práctica de la cesárea debido al fracaso del sistema organizativo de las guardias de disponibilidad establecido por el centro médico. El concepto de daños desproporcionados se aplica tanto a la causalidad como a la negligencia. En el caso concreto, el médico probó su obrar diligente. Condena al establecimiento sanitario por irregular funcionamiento del servicio de guardia. Se basa tanto en el art. 1902 CC como en la normativa de protección del consumidor de servicios sanitarios.

Aunque no siempre acude a ella el Tribunal Supremo:

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

- **STS, 1ª, 24.11.2005 (RJ 2005\7855):** médico que optó por una de las dos posturas terapéuticas idóneas para la curación del paciente. Para construir la diligencia exigible se recurre a la *lex artis ad hoc*. Se rechaza implícitamente la doctrina del daño desproporcionado. La responsabilidad del médico se basa en la culpa.
- **STS, 1ª, 19.10.2007 (RJ 2007\7308):** fallecimiento de menor tras ser operado de amigdalitis. Inexistencia de responsabilidad de los médicos y centros sanitarios. No es aplicable la doctrina de los daños desproporcionados cuando el demandado prueba que el daño, por desproporcionado que parezca, no fue debido a su negligencia al no poder atribuírsele cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación.
- **STS, 1ª, 18.12.2009 (RJ 2010\293):** no aplicación de la doctrina de los daños desproporcionados, pues se explica adecuadamente el curso de acciones y prestaciones médicas correctamente decididas y ejecutadas.

c) La cuestión de los daños continuados

La teoría de los daños continuados determina que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se sitúe en el momento en que se han estabilizado las secuelas por las que se reclama. Ello es una forma de evitar el fracaso de la pretensión indemnizatoria por la aplicación estricta de los breves plazos de prescripción que, en materia de Derecho de daños, existen en el ordenamiento español. Ej.: STS, 3ª, 4.10.2004 (RJ 2004\6537) (contagio VHC).

d) Teoría de la pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad pretende indemnizar aquellos daños derivados, no tanto de una conducta activa del causante de los daños, como de una omisión. De no haber ocurrido tal omisión, el daño no se habría materializado.

Dicha teoría presenta dos grandes problemas de configuración: el primero hace referencia a la definición de omisión; el segundo, a la acreditación de unos daños que son hipotéticos pues, verdaderamente, aquello que se indemnizan son oportunidades perdidas.

La jurisprudencia sobre pérdida de oportunidad se puede clasificar en dos grandes grupos:

- Un primero, donde la pérdida se vincula con un error de diagnóstico o de tratamiento, y en el que nos preguntamos qué habría pasado si la conducta hubiese sido diligente: STS, 1ª, 10.10.1998 (RJ 1998\8371), sobre imposibilidad de reimplantar una mano por no conservarla en las condiciones necesarias.
- Un segundo, relativo a la falta de información en supuestos de nacimiento de niños con deficiencias, alegándose que los padres han sido privados de la posibilidad de decidir si habrían o no abortado (véase la STS, 1ª, 7.6.2002 -RJ 2002\5216-, donde se deniega la pretensión por falta de relación causal entre la información y el nacimiento de un hijo con síndrome de Down; en cambio, sí que prosperó este concepto en la STS, 1ª, 18.12.2003 - RJ 2003\9302-; STS, 1ª, 21.12.2005 -JUR 2006\19844-; STSJCat, 3ª, 10.1.2006 - RJCA 2006\184). Recientemente, la STS, 1ª, 18.5.2006 (RJ 2006\4724) condenó a los responsables a indemnizar, no sólo los perjuicios morales y patrimoniales de los padres, sino también una pensión vitalicia al hijo nacido con síndrome de Down, y una indemnización por daño moral a la hermana del mismo.

Otros ejemplos:

- **STS, 1ª, 6.6.1997 (RJ 1997\4610):** mujer embarazada de 42 años se sometió a una amniocentesis por el alto riesgo del embarazo. En julio del 94, se le informó a la paciente de forma equivocada del resultado de la prueba y se le comunicó que el niño estaba sano. La mujer dio a luz un niño con Síndrome de Down y reclamó 50 millones al ginecólogo y al Servicio Valenciano de Salud. Primera y segunda instancias desestiman la demanda, pero el TS concede los 50 millones, que no asocia a la manutención del hijo.

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

- **STS, 1ª, 4.2.1999 (RJ 1999\748):** a mujer embarazada de 33 años le practicaron tres ecografías que dieron un resultado normal, pero el niño nació con graves defectos físicos. La madre reclamó 30 millones al INSALUD y al ginecólogo que la asistió. Alega la actora que si le hubieran advertido del riesgo hubiera abortado. El TS desestima la demanda. Es un caso de falta de prueba de la culpa del médico.
- **STS, 1ª, 30.2.2004 (RJ 2004\2321):** embarazo tras ser sometida a intervención quirúrgica de ligadura de trompas. El TS declara que no existe responsabilidad de la Administración, pues la operación se llevó a cabo de forma correcta.
- **STS, 1ª, 21.12.2005 (JUR 2006\19844):** nacimiento de recién nacido con síndrome de Down. Responsabilidad médica por no haber informado de forma clara y completa a la paciente sobre el resultado del diagnóstico prenatal, que hubiera permitido decidir acerca del posible aborto.
- **STSJCat 10.1.2006 (RJCA 2006\184):** responsabilidad de la Administración derivada del nacimiento de una niña con síndrome de Down a cuya madre no se le realizó un adecuado seguimiento ecográfico.
- **STS, 1ª, 26.1.2006 (JUR 2006\94217):** nacimiento de feto con malformaciones. Dado que la paciente había sido informada de las alteraciones, entre las semanas 18 y 20 de la gestación, pudo ejercer su derecho a que se le practicara un aborto terapéutico.
- **STS, 3ª, 21.2.2006 (JUR 2006\83614):** nacimiento de feto con malformaciones. La Administración sanitaria no recurrió a los medios de diagnóstico ordinarios, lo que habría permitido informar a la madre de las malformaciones del feto y acogerse a la posibilidad de interrupción voluntaria del embarazo.
- **STS, 1ª, 10.5.2006 (RJ 2006\2399):** responsabilidad médica por omisión del deber de información al paciente, aunque la operación que se iba a practicar era la única alternativa de curación. A la hora de cuantificar el perjuicio, se debe tomar en consideración, no sólo el carácter de la intervención sino el hecho de que el riesgo que se afrontaba, aun previsible y posible, no era una consecuencia necesaria de la misma y pudo concluirse de forma satisfactoria. Estas circunstancias resultan relevantes para fundamentar una indemnización derivada de la pérdida de oportunidad, bien porque la intervención no era ineludible y necesaria, bien porque se privó al paciente de poder desistir de la misma, al no presentarse como urgencia quirúrgica. Por otro lado, no resulta de aplicación la responsabilidad del art. 1903 CC al centro médico que deja sus instalaciones, pero su relación laboral o contractual con el médico causante.
- **STS, 3ª, 7.3.2007 (RJ 2007\953):** condena a la Administración sanitaria a indemnizar a los parientes de un paciente que murió pocos minutos después de ser dado de alta tras la evaluación incorrecta de un electrocardiograma y, por tanto, la no adopción del tratamiento adecuado. No es necesario probar que el tratamiento adecuado hubiera tenido éxito seguro. Se concede una indemnización por pérdida de oportunidad.
- **STS, 1ª, 19.6.2007 (RJ 2007\5572):** nacimiento de niño con síndrome de Down sin que el ginecólogo informase a los padres sobre la conveniencia de practicar una amniocentesis por no existir factores de riesgo que, conforme a la *lex artis*, recomendaran su práctica. No existe responsabilidad del médico.
- **STS, 3ª, 16.10.2007 (RJ 2007\7620):** indemnización por daños morales a unos padres por el nacimiento de una niña con síndrome de Down por no haberse practicado a tiempo la prueba de la amniocentesis, impidiéndoles optar por la interrupción voluntaria del embarazo.
- **STS, 1ª, 6.7.2007 (RJ 2007\3658):** indemnización del daño moral por el nacimiento de un niño con síndrome de Down sin que el ginecólogo informase a los padres sobre la conveniencia de practicar una prueba que permitiera descartar aquella enfermedad.
- **STS, 3ª, 10.5.2007 (RJ 2007\3403):** responsabilidad de la Administración sanitaria por el diagnóstico prenatal erróneo de enfermedad cromosómica que impidió que los padres optaran por la interrupción del embarazo. Se indemniza el daño moral por la privación de la oportunidad de decidir acudir al aborto del feto con malformaciones.
- **STS, 3ª, 2.10.2007 (RJ 2007\7461):** inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración por el nacimiento de un hijo tras una ligadura de trompas. El conocimiento del riesgo de daño hace que el paciente tenga el deber de soportarlo, y no la Administración. No hay antijuridicidad.
- **STS, 3ª, 12.7.2007 (RJ 2007\4993):** condena a la Administración sanitaria por no prescribir el tratamiento adecuado a un paciente que sufría un infarto. Responsabilidad por pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento que permitiera la supervivencia.
- **SAP Barcelona 18.4.2008 (AC 2008\1610):** defecto de producto por falta de información suficiente sobre efectos secundarios en el prospecto del medicamento. No se acredita el nexo causal entre el defecto de información y el daño psicológico a los pacientes. Daño moral: no procede por la simple ingesta de un medicamento, sin conocer todos sus posibles efectos secundarios. La pérdida de oportunidad no debe ser indemnizada.
- **STS, 1ª, 24.10.2008 (JUR 2008\351107):** responsabilidad médica por nacimiento de un hijo con espina bífida. Caso de wrongful birth.
- **STS, 1ª, 17.11.2008 (RJ 2008\6049):** caso de wrongful birth. No se privó de información relevante para decidir la

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

interrupción del embarazo. El seguimiento el embarazo y las pruebas realizadas fueron conformes con la *lex artis*.

- **SAP Madrid 28.7.2008 (JUR 2008\376602):** la aseguradora de salud es responsable de los médicos que están en el cuadro médico ofrecido, aunque no haya relación de dependencia. Hay responsabilidad por no detectar la falta de mano izquierda en el feto, lo que priva de la opción de abortar. Sin embargo, los daños no comprenden el impacto negativo de la lesión en la niña, sólo la pérdida de oportunidad de decidir.
- **STS, 3ª, 20.3.2012 (RJ 2012\4676):** wrongful birth. Indemnización por deficiente asistencia sanitaria en parto gemelar. El tribunal procedió a mantener la partida del daño moral al entorno familiar (80.000 euros). Al menor se le reconoció una partida de 20.000 euros, entendiéndose que se indemnizaba el sobre coste que generaba su crianza y educación conforme a sus posibilidades.
- **STS, 1ª, 14.3.2012 (Roj: STS 1136/2013):** wrongful birth. Se aprecia que hay daño por el nacimiento con graves malformaciones. Actuación negligente del médico por no detectarlas.
- **STSJ Castilla y León 8.6.2012 (JUR 2012\233352):** paciente intervenida de ligadura tubárica bilateral sin su consentimiento. Caso de wrongful birth.
- **SAP Illes Balears 15.2.2013 (JUR 2013\164135):** condena a un médico a indemnizar con 235.000 euros a una paciente a la que practicó un aborto fallido que finalmente desembocó en el nacimiento de un niño

e) La teoría de la responsabilidad por actuación sanitaria conjunta defectuosa

Los servicios sanitarios suelen comprender un conjunto de actividades además del concreto tratamiento (por ejemplo, diagnóstico, seguimiento...) que, a su vez, están compuestas por una pluralidad de actos (actos quirúrgicos, anestésicos, de medicación,...). Asimismo, estos actos no son realizados por una única persona sino que interviene una pluralidad: la mayoría de prestaciones médicas se llevan a cabo en grupo, no de forma individual.

Por ello, en algunas ocasiones, la víctima que quiere reclamar por el daño sufrido ha de superar una dificultad previa para que prospere su pretensión: identificar qué acto concreto ha sido la causa del daño y qué persona concreta se puede imputar.

Para facilitar la posición de la víctima, la Sala Primera del Tribunal Supremo español ha utilizado la **teoría del conjunto de deficiencias** a fin de imputar al centro sanitario la responsabilidad cuando se ha acreditado que el daño se produjo por el acto sanitario.

- **STS, 1ª, 17.5.2002 (RJ 2002\6748):** en los supuestos en que se ha producido un conjunto de posibles deficiencias asistenciales, la atribución de las cuales a una persona concreta dificultaría el ejercicio de la pretensión indemnizatoria, el paciente no tiene la carga de la prueba de demostrar ni en qué momento se produjo la deficiencia, ni qué facultativo hubiera podido cometerla.
- **STS, 1ª, 11.11.2002 (RJ 2002\640):** *“las modernas directrices jurisprudenciales..., a la vista de la gravedad del resultado, toman en cuenta el conjunto de deficiencias del «Centro» para establecer el nexo causal con aquél y el título de imputación que se extiende a la propia entidad, aunque no figuren especificados los agentes concretos que contribuyeron al mismo”.*

f) Responsabilidad de las compañías aseguradoras en el seguro de cobertura sanitaria

En los casos de negligencia médica, generalmente el Tribunal Supremo responsabiliza igualmente a la compañía de seguros con la cual la víctima tenía contratada la asistencia sanitaria, habiendo ocurrido el daño al prestar la misma el médico elegido por la víctima de entre el cuadro médico ofrecido por la compañía (STS, 1ª, 3.11.1999 (RJ 1999\7998); 10.11.1999 (RJ 1999\8057); 19.6.2001 (RJ 2001\4974); 4.10.2004 (RJ 2004\6066); 17.11.2004 (RJ 2004\7238)). El Tribunal Supremo funda esta responsabilidad, o bien en el art. 1903.4 CC, al entender generosamente que hay relación de dependencia entre el médico y la compañía, o bien que la compañía implícitamente está contractualmente asumiendo que la prestación médica será diligente, y por ello ha de responder cuando no es así. Sin embargo, en la reciente STS, 1ª, 18.5.2006 (RJ 2006\4724), el TS no hizo

Responsabilidad por prestación de servicios sanitarios (Tema 9)

responsable a la compañía, al no hallarse en el acto médico concreto comprendido dentro de la cobertura sanitaria contratada por la víctima.

- **STS, 1ª, 4.12.2007 (RJ 2008\251)**: contagio de hepatitis C por transfusión de sangre. Responsabilidad del centro hospitalario basada en la LGDCU. La responsabilidad de la aseguradora sanitaria no se basa en el art. 1903.4 CC cuando la relación de la compañía de seguros con el médico no es laboral o análoga. Se basa en la responsabilidad contractual de la compañía de seguros cuando el daño ocurre en el curso de la prestación de servicios médicos que contractualmente incumbían a la compañía aseguradora.
- **STS, 1ª, 19.12.2008 (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.