

La responsabilidad civil por defectuosa prestación de asistencia sanitaria al parto

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

Catedrático de Derecho civil

Universidade da Coruña

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: DESCRIPCIÓN BREVE DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

El hecho de que esta obra esté destinada a un público conformado por personas que no necesariamente tienen una formación jurídica determina la adecuación y, acaso, la conveniencia de realizar algunas precisiones introductorias sobre el sistema de responsabilidad civil, en general, y sobre el sistema de responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios médicos o de asistencia sanitaria, en particular. La idea inicial y de la que ha de partirse para tener una idea aproximada y atinada del sistema radica en la distinción que ha de realizarse entre la prestación de asistencia sanitaria en el ámbito privado y en el ámbito público y ello por cuanto las normas que rigen en ambos ámbitos prestacionales y también los órganos jurisdiccionales que han de conocer sobre la existencia de un supuesto de responsabilidad civil, o no, son distintos. En el primer caso –prestación privada de servicios médicos o sanitarios–, se aplican las normas que regulan la prestación de servicios a consumidores (básicamente el *Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* [en adelante, TRLGD-CU] y el Código Civil [en adelante, CC]) y el conocimiento de las acciones ejercitadas corresponde al orden jurisdiccional civil; mientras que en el segundo caso –prestación públicas de servicios médicos–, resultan de aplicación las normas contenidas en los arts. 139 a 146 de la *Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común* [en adelante, LRJAP-PAC] (y preceptos concordantes), correspondiendo la competencia jurisdiccional al orden contencioso-administrativo.

La segunda idea, o premisa, que ha de tenerse presente es que el legislador español ha optado por el establecimiento de un sistema de responsabilidad civil objetiva -independiente del juicio acerca de la diligencia o negligencia del agente del daño- tanto en la sanidad pública como en la sanidad privada. En el ámbito de la responsabilidad de las Administraciones Públicas Sanitarias esta afirmación resulta de lo dispuesto en el art. 139.1 de la LRJAP-PAC, que no es sino el necesario trasunto de la previsión constitucional del art. 106.2 CE que, además de ser heredera de la tradición garantista de los derechos de los ciudadanos iniciada con la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 y continuada con la LRJAE de 1957, puede considerarse como una manifestación del *Welfare State* y del Estado social y democrático de Derecho (Barcellona, 1972; Salvi, 1998).

En el ámbito de la sanidad privada, el art. 148.II del TRLGDCU –fruto de la refundición del art. 28.2 de la LGDCU de 1984-, ignorado durante más de una década por la jurisprudencia civil –y por algunos autores (*vid.* Asúa, 2007a; García Garnica, 2010) -, establece expresamente un sistema de responsabilidad civil objetiva para los servicios sanitarios en el marco de una norma cuyo presupuesto es que se trate de servicios que incluyen una garantía de pureza, eficacia o seguridad cuyo mero incumplimiento por el prestador, unido a la causación de un daño al usuario determina la imputación de la responsabilidad civil. La jurisprudencia del TS ha limitado la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva que contempla el art. 148.II del TRLGDCU al ámbito de los daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios, con exclusión de su aplicación al personal que tiene la condición de profesional sanitario (STS de 5 de enero de 2007 [RJ 2007\552], que proyecta el referido régimen de responsabilidad civil sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no alcanza a los daños imputables directamente a los actos médicos) (Parra, 2009).

Frente a las críticas de que ha sido objeto la opción del legislador español al conformar un sistema de responsabilidad civil objetiva para la asistencia sanitaria, formuladas por un sector doctrinal encabezado por PANTALEÓN argumentando sobre su conocida tesis de que la única finalidad normativa de la responsabilidad civil extracontractual es indemnizatoria, no habiendo sido diseñada para realizar la justicia distributiva ni para prevenir actividades antisociales o económicamente ineficientes (Pantaleón, 2000); debe afirmarse que el sistema puede funcionar adecuadamente sin generar costes exorbitantes ni para las Administraciones Sanitarias Públicas, ni para los prestadores privados de servicios sanitarios y ello porque responsabilidad objetiva no es equivalente a responsabilidad en todo caso, sino que el criterio de imputación no es la culpa del agente, pero este dato en nada incide en su función indemnizatoria –que la conserva– sino en las razones que se toman en consideración para atribuir -distribuir- el coste de los daños.

El establecimiento de un sistema de responsabilidad objetiva en el ámbito de la prestación de servicios médicos o sanitarios, en general, parecería también, *prima facie*, no resultar compatible con la tradicional configuración de las obligaciones derivadas de la prestación de dichos servicios como una obligación de medios. En efecto, es con ocasión de la compatibilización de aquel régimen con esta configuración cuando se plantea con toda su virulencia la dificultad de la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva a los servicios sanitarios: si la obligación del profesional sanitario se configura como una obligación de medios y, en consecuencia, consistente en desplegar las normas de diligencia profesional exigible en la realización de su actividad, ¿cómo se hace esto compatible con la aplicación de un sistema de responsabilidad en el que suprime toda valoración de la diligencia de la conducta a la que se atribuye la causación del daño? Un sistema de responsabilidad civil en el que el simple resultado antijurídico se reputa suficiente para imputar la responsabilidad al sujeto que realiza la acción a la que se atribuye la causación del daño no parece compatible con el carácter de una obligación de medios atribuido a la obligación del médico, en la que, por definición, no es exigible resultado alguno. Acaso sea esta la razón que subyace a la renuencia de la jurisprudencia española a aplicar con todas sus consecuencias –mejor sería decir, correctamente- la responsabilidad civil objetiva que, como opción legislativa, se ha previsto en el Ordenamiento jurídico español para los daños causados con ocasión de la prestación de servicios sanitarios.

La evolución actual del Estado del bienestar al que antes he aludido y los principios de solidaridad que afortunadamente parecen haberse consolidado ya en nuestra sociedad exigen que las consecuencias de ciertos daños se redistribuyan entre todos los integrantes de la misma, de manera que el perjudicado no pague con las consecuencias del daño siempre que no pueda encontrarse un *culpable* del mismo. Entre los instrumentos utilizados para *pulverizar* los costes de los daños entre los integrantes de la comunidad social destacan el establecimiento de sistemas de responsabilidad objetiva –independiente de la culpa o negligencia en que haya podido incurrir el agente del daño- y el seguro. La opción del legislador español por el establecimiento de la responsabilidad objetiva en el ámbito de la prestación de los servicios sanitarios –tanto públicos, como privados- ha de contemplarse como una manifestación más del Estado del bienestar, sin que parece que requiera de justificaciones ulteriores el hecho de que se preste especial consideración a los pacientes o, en general, a los sujetos de actos médicos. Si el fenómeno se observa desde la perspectiva del personal facultativo y del personal sanitario, en general, el mecanismo del seguro de responsabilidad civil, en el ámbito de la sanidad privada, y el establecimiento de la responsabilidad directa de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ámbito de la sanidad pública (*ex art. 145 de la*

LRJAP-PAC; excepción hecha del supuesto en que la causación del daño esté vinculada a una conducta penalmente relevante –constitutiva de un delito o de una falta-, en cuyo caso, la responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública es directa, respondiendo subsidiariamente la Administración Pública, *ex art.* 121 del Código Penal), resultan adecuados mecanismos redistribuidores de los riesgos pues, en última instancia, sólo recaerán directamente sobre ellos las consecuencias de actuaciones gravemente negligentes o dolosas.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DAÑOS OCASIONADOS COMO CONSECUENCIA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS: DERECHO APLICABLE EN EL CASO DE PRESTACIÓN PRIVADA

2.1. Regla general: imputación de la responsabilidad civil por culpa o negligencia profesional

Tradicionalmente en materia de responsabilidad civil de los profesionales sanitarios –y, en particular, del personal facultativo-, los órganos jurisdiccionales civiles han afirmado la aplicación del régimen de responsabilidad civil subjetiva o por culpa que se establece, como regla general del sistema, en el art. 1902 del CC, poniendo especial énfasis en rechazar la aplicación a este ámbito de actividad profesional del expediente de inversión de la carga de la prueba que la Sala de lo Civil del TS, como expediente de *objetivización* de la responsabilidad civil que viene aplicando en otros ámbitos de actividades generadores de responsabilidad civil, de tal manera que es al paciente perjudicado –o, en su caso, a sus familiares o allegados- a quien incumbe, de conformidad con la regla que prevé el art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LECiv] –sin perjuicio de las imprescindibles matizaciones de esta regla que resulta de la influencia del principio de disponibilidad facilidad probatoria que se consagra en el apartado 7º de aquel mismo precepto de la LECiv-, la carga de la prueba de la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil extracontractual (existencia y realidad del daño, antijuridicidad, título de imputación y relación de causalidad) y, entre ellos, señaladamente, la prueba de la culpa o la negligencia profesional en que haya incurrido el profesional –o los profesionales- demandado(s) (Asúa, 2008). Por lo tanto, el actor soportará, en su caso, las consecuencias desfavorables para sus intereses de la falta de prueba de los presupuestos de la responsabilidad civil y, en particular, del criterio de imputación.

La culpa que permite imputar a un profesional sanitario –con independencia de su condición de personal facultativo, o no– la responsabilidad civil por un determinado resul-

tado lesivo para el paciente viene representada, obviamente, por una falta de diligencia o de previsión, habiendo sido definida adecuadamente como la infracción por parte del médico 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. La observancia de las reglas que rigen la actuación médica y que conforman su *lex artis* –integrada, en esencia, por los llamados *protocolos médicos* de actuación– permite, en línea de principio, rechazar la calificación de negligente o imprudente del comportamiento del profesional de la medicina. La llamada *lex artis ad hoc* se erige así como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico. En efecto, el concepto de *lex artis* médica se configura como *aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico* (FD 1º de la STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006\9172]). La *lex artis ad hoc* es la forma particular de tratar un caso clínico concreto; sería la aplicación de las reglas y normas de actuación en medicina a un paciente concreto y determinado (la personalización de cada acto médico). De esta manera, se toman en consideración las especiales características del facultativo, de su posible especialización, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente y todas las demás circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes.

En consecuencia, la *lex artis*, como criterio al que ha de adecuarse la actuación médica, en orden a permitir la calificación del acto médico como realizado de manera diligente o no culposa, exige la realización de todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, *realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles* (STS 23 de septiembre de 2004 [RJ 2004\5890]). Como consecuencia de este modo de argumentar, no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior del paciente 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 al paciente. La toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que presente una seguridad plena, de manera que la evolución posterior que no resulte previsible y evitable no permite fundar un juicio de culpabilidad realizado *a posteriori*. De igual forma, las consecuencias negativas e in-

evitables, producidas por la propia enfermedad del paciente y su evolución (no ligadas a una práctica clínica incorrecta), que son evitables, no son susceptibles de generar el nacimiento de una responsabilidad civil subjetiva.

Para valorar si la actuación del profesional sanitario se ha adecuado, o no, a aquella *lex artis*, han de tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, el supuesto concreto al que se aplican las técnicas de la medicina y la situación del paciente: estado, evolución de la enfermedad o dolencia, modo de reacción de su organismo a las terapias y a la medicación a la que esté sometido. Con todo, no puede dejar de precisarse que, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que somete la responsabilidad civil médica al sistema común de responsabilidad civil subjetiva, *dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el 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* (STS de 25 de abril de 1994 [RJ 1994\3073]).

En especial en el ámbito de la responsabilidad civil derivada de la actividad médica o de la prestación de servicios médicos y argumentando en derredor de las dificultades de prueba de la concurrencia del título subjetivo de imputación, la Sala de lo Civil del TS ensayó la utilización de diversos criterios para suavizar esta exigencia, *objetivando* la responsabilidad civil en este ámbito: la presunción de culpa, la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* o la culpa virtual (Díaz-Regañón, 1996; Asúa, 2008). Entre estos expedientes o instrumentos se encuentra la presunción de culpa, a partir de la constatación de un resultado dañoso anómalo. El ejemplo paradigmático estaría representado por la STS de 2 de diciembre de 1996 [RJ 1996\8938], dictada como consecuencia de la minusvalía del 92,5% padecida por la madre, como consecuencia del parto y de la hemorragia sufrida. En efecto, en la década de los años noventa del pasado siglo, un número considerable de Sentencias de la Sala de lo Civil del TS consideraron concurrente el necesario título subjetivo de imputación partiendo de la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado.

A partir de la STS, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2005 [RJ 2005\8547] se puede advertir un retorno al criterio de imputación subjetivo o por culpa, de manera que, en todo caso la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual del facultativo requiere la prueba de la culpa y de la necesaria relación de causalidad que ha de mediar entre la actuación negligente y el daño cuyo resarcimiento se pretende por el perjudicado. Un supuesto paradigmático de responsabilidad por falta de diligencia –impudencia grave– es el contemplado, en el seno de un procedimiento penal seguido por imprudencia profesional grave causante de una aborto con fallecimiento del feto, por

la SAP Sevilla, Sección 1ª, de 29 de diciembre de 2009 [ARP 2010\567], en la que se condena a dos matrones como consecuencia de una falta de adecuación de su modo de proceder a las exigencias de la *lex artis*, así como a su deber profesional de control y seguimiento del parto. En el supuesto resuelto por esta Sentencia, se constató que la falta de bienestar fetal se manifestó, de manera evidente, en los registros tococardiográficos practicados a la paciente monitorizada, pese a lo cual, los demandados no avisaron al ginecólogo para que procediese a valorar la situación, produciéndose el fallecimiento del feto, que se hubiera evitado mediante su extracción, por cuanto su muerte no fue inmediata, sino que se fueron deteriorando sus constantes durante horas.

De igual manera, el pronunciamiento de condena contenido en la SAP Madrid, Sección 20ª, de 19 de abril de 2007 [JUR 2007\211825] se asienta en el incumplimiento de los protocolos de *Procedimientos Diagnósticos y Terapéuticos en Obstetricia* aprobados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. En el caso objeto de esta Sentencia se estima la existencia de un supuesto de responsabilidad como consecuencia de la falta de funcionamiento del monitor, habiéndose ocasionado al recién nacido una parálisis cerebral. La AP considera acreditado que no hubo un diligente seguimiento, control y vigilancia de la frecuencia cardíaca fetal.

También deben reputarse supuestos de daños imputables a negligencia profesional aquellos casos en los que los sujetos que prestan los servicios sanitarios no tienen la titulación necesaria para la prestación de los mismos. Así acontece en el caso resuelto por la SAP Las Palmas, Sección 4ª, de 22 de abril de 2003 [AC 2004\300], en el que la comadrona no tenía un título homologado en España y el ginecólogo estuvo ausente durante la primera hora del parto. Este se prolongó de manera excesiva, con sufrimiento fetal y produciéndose el fallecimiento del feto por hipoxia.

En el ámbito de actos médicos que nos ocupa –atención al parto–, esta doctrina que exige la prueba de la culpa o negligencia del facultativo como presupuesto necesario para la imputación de responsabilidad civil subjetiva y las consecuencias derivadas de la ausencia de prueba del mismo se acoge en la STS, Sala de lo Civil, de 29 de enero de 2010 [RJ 2010\418]. El fundamento de la acción ejercitada está constituida por las lesiones sobre el plexo braquial sufridas por un recién nacido derivadas de parto vaginal y no por cesárea elegido por el facultativo. La STS, revocando la dictada en grado de apelación, exonera de responsabilidad civil al facultativo demandado, argumentando sobre la idoneidad de ambas técnicas de alumbramiento y del protocolo ginecológico seguido, sin que concurran datos que permitieran esperar un resultado distinto.

Considera el TS que la responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no se puede obligar a la garantía de un resultado concreto. El médico, en su ejercicio profesional, es libre para escoger la solución más beneficiosa para el bienestar del paciente, poniendo a su alcance los recursos que le parezcan más eficaces al caso a tratar, siempre y cuando sean generalmente aceptados por la ciencia médica, o susceptibles de discusión científica, de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico que practica, en cuanto está comprometido por una obligación de medios en la consecución de un diagnóstico o una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente (STS, Civil, 125/2006, de 8 de febrero [RJ 2006\544]). En el caso contemplado por la STS de 29 de enero de 2010, considera el TS que no es posible establecer una relación de causalidad culposa entre la lesión sobre el plexo braquial y el tipo de parto elegido, ya que no había una indicación expresa que aconsejara la cesárea para prevenir el daño, habiéndose realizado el seguimiento del embarazo conforme a los protocolos adecuados, y admitiéndose en las pruebas la corrección en el tratamiento y que no había ningún dato que permitiera esperar un resultado diferente. En esta misma STS, la Sala de lo Civil exonera también de responsabilidad civil a la clínica en la que tuvo lugar el alumbramiento y a los ginecólogos que atendieron el parto, partiendo de la calificación de la praxis médica en el desarrollo del parto como correcta, la Sentencia exonera de la responsabilidad sobre el diagnóstico tardío de la cardiopatía grave de carácter congénito -el diagnóstico tardío de cardiopatía congénita que determinó una intervención quirúrgica en situación de urgencia y extrema gravedad-, estimando que el daño experimentado por el recién nacido, que es el fundamento de la responsabilidad civil, no aparece asociado a una actuación u omisión negligente y ello por cuando la enfermedad no resulta de una actuación médica, sino que es de carácter congénito, considerándose que sería inútil cualquier acto médico dirigido a intentar evitar su padecimiento y que hubiese proporcionado una solución distinta.

Los argumentos en los que descansan los pronunciamientos exoneradores de responsabilidad civil contenidos en la STS de de 29 de enero de 2010 [RJ 2010\418] contrastan con la doctrina jurisprudencial que resulta de las Sentencias de la misma Sala Civil del TS que acogen la llamada doctrina de la *pérdida de oportunidad*, en relación con los arts. 1544 y 1101 del CC (Asúa, 2007b), a tenor de la cual basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza, para que proceda la indemnización, puesto que, de haberse tomado todos los medios de los que se dispone en la medicina actual, acaso el daño no se hubiera producido.

El régimen expuesto encuentra, en la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del TS, las dos excepciones que se exponen en los epígrafes que siguen.

2.1.1. Excepciones a la imputación subjetiva (1): infecciones hospitalarias y medicina reparadora o satisfactiva

En el caso de intervenciones quirúrgicas de medicina reparadora o perfectiva del paciente, en las que se considera que el profesional sanitario asume una obligación de resultado y no de medios, de manera tal que si aquel resultado no se alcanza, es responsable del incumplimiento frente al paciente. En definitiva, se trata de supuestos en los que la prueba del incumplimiento por el paciente coincide con la demostración de no haberse alcanzado el resultado pretendido, desplazándose la carga de la prueba liberatoria de la responsabilidad sobre el profesional sanitario.

Existe un notable número de actos médicos en los que el profesional de la medicina está obligado a la obtención de un resultado. Se trata de las llamadas intervenciones *de fácil ejecución*, por el estado de la ciencia y las condiciones del paciente, las intervenciones odontológicas, las intervenciones que consisten en la implantación de determinadas prótesis (tanto dentarias, como mamarias, etc.), la realización de análisis clínicos y de radiodiagnóstico o las graduaciones ópticas e incluso las intervenciones quirúrgicas que tienen como finalidad la obtención de un resultado concretado en la supresión de una facultad biológica -como es el caso de las operaciones de vasectomía y de ligadura de trompas-, aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia muestran unos criterios uniformes en relación con estas últimas. La jurisprudencia ha aproximado notablemente la responsabilidad derivada de las intervenciones de medicina satisfactiva (medicina voluntaria no curativa) -cirugía plástica estética o embellecedora (no así aquella que se configura como reparadora o necesaria)- a la derivada del incumplimiento de las obligaciones de resultado, extrapolando, en ocasiones, al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual la distinción entre las obligaciones de medios y de resultado alterando con ello el esquema de la carga de la prueba, de manera que, aun resolviendo con fundamento en las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual, de la simple acreditación de la causación del daño se infiere la negligencia del demandado.

En el párrafo precedente se ha puesto de manifiesto como en el ámbito de la llamada medicina satisfactiva o reparadora la jurisprudencia había ido aproximando las obligaciones del personal facultativo y, en particular de los médicos odontólogos y estomatólogos a las asumidas como consecuencia de la celebración de un contrato de obra, comprometiéndose así el profesional a la consecución de un determinado resultado. Es cierto que esto ocurría ordinariamente en supuestos en los que existía una deficiente información del paciente al que se inducía así a pensar en que se trataba de sencillas intervenciones con un resultado garantizado. Con todo, a partir de la ya citada STS, Sala de lo Civil, de 21 de octubre de 2005 [RJ 2005\8547] se puede advertir un retorno al cri-

terio de imputación subjetivo o por culpa, de manera que, en todo caso la apreciación de la responsabilidad civil extracontractual del facultativo requiere la prueba de la culpa y de la necesaria relación de causalidad que ha de mediar entre la actuación negligente y el daño cuyo resarcimiento se pretende (Galán, 2007). La línea doctrinal reabierto por la STS citada recibió expresa continuación en la Sentencia de la misma Sala Civil del TS de 4 de octubre de 2006 [RJ 2006\6248] dictada a propósito de un tratamiento de implante capilar artificial –que puede reputarse como un ejemplo paradigmático de medicina satisfactiva- y en la que se estimó la responsabilidad del facultativo como consecuencia de la deficiente información de los riesgos que conllevaba la intervención; así como en la STS de 18 de diciembre de 2006 [RJ 2006\9172], en un caso en el que se produce la isquemia de un brazo escayolado. En estas resoluciones jurisprudenciales se aprecia que la no identificación de los supuestos de medicina satisfactiva con la asunción, en todo caso, de una obligación de resultado por el médico o facultativo que realiza la intervención. Esta evolución jurisprudencial llega a su formulación más clara en la reciente STS, Sala 1ª, 583/2010, de 27 de septiembre [SP/SENT/522735] supone una quiebra en el modo de argumentar pretérito, al afirmar que, aun tratándose de medicina voluntaria, la obligación de resultados sólo se puede mantener cuando se pacte expresamente o cuando el resultado se garantice expresamente por el facultativo.

2.1.2 Excepciones a la imputación subjetiva (2): Daños derivados de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario o consecuencia de transfusiones de sangre, o de otros fluidos, así como derivados del fallo en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención o en supuestos de daños desproporcionados en relación con el riesgo atribuible a una determinada intervención médica.

En estos supuestos la jurisprudencia del TS –a partir de las Sentencias de 1 de julio de 1997 [RJ 1997\5471], 21 de julio de 1997 [RJ 1997\5523] y de 11 de febrero de 1998 [RJ 1998\707]- ha optado por la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva que se establece en el art. 148.II del TRLGDCU (que trae causa de la refundición del art. 28.2 de la LGDCU), en el que se incluye expresamente la prestación de «*servicios sanitarios*». En estos supuestos, mientras que al profesional facultativo no se le puede exigir más que una actuación diligente, adecuada a las reglas de la ciencia de la que es perito, la responsabilidad del centro en que presta sus servicios es configurada de manera objetiva. La STS de 31 de enero de 2003 [RJ 2003\646], a propósito de la aplicación de la doctrina del riesgo desproporcionado ha precisado 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. Esta Sentencia viene a seguir la doctrina que constituye el fundamento del fallo de sus Sentencias de 29 de junio de 1999 [RJ 1999\4895] y de de 30 de diciembre de 1999 [RJ 1999\9496]. En virtud de esta última, el TS confirmó los extremos condenatorios de la Sentencias dictada en instancia, salvo en lo que afectaba a un pronunciamiento sobre las costas procesales, en atención a la denominada *doctrina sobre el daño desproporcionado*, del que se desprenden la culpabilidad del autor que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia.

La STS de 26 de marzo de 2004 [RJ 2004\1668] vuelve a analizar y a sintetizar los requisitos que han de concurrir, de conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS, para que pueda enjuiciarse la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios desde el régimen objetivo que resulta del art. 148.II del TRLGDCU para la prestación de servicios sanitarios. La Sentencia citada vuelve a los criterios reflejados en las SSTS de 25 de junio y de 19 de septiembre de 1996, en las que se señalaba que, a pesar del carácter social que inspira la LGDCU y de que en ella se establezca un sistema específico de responsabilidad civil para los profesionales sanitarios por los daños causados a los usuarios de estos servicios, ello no permite desvincular de manera absoluta e incondicional la aplicación de la misma de la concurrencia del factor culposo, de manera que *la interpretación en conjunto y racional de la LGDCU no autoriza a prescindir del factor de culpa en el presunto responsable*.

2.2. La responsabilidad civil del personal sanitario en régimen de dependencia

Es frecuente que los servicios sanitarios en el ámbito privado se presten por un profesional –facultativo o no- en régimen de dependencia laboral, de manera que resultará de aplicación la norma prevista en el art. 1903.IV del CC (García Garnica, 2010; Barría, 2010). Este precepto regula la llamada responsabilidad civil por hecho ajeno en virtud de la cual ciertos sujetos responden civilmente por el hecho dañoso cometido por personas con las cuales les unen determinados vínculos de dependencia.

La responsabilidad civil por el hecho de los dependientes establecida en el 1903.IV CC incumbe a los dueños y directores de establecimientos o empresas, incluidos aquellos destinados a la prestación de servicios sanitarios (es necesario completar su régimen jurídico con la previsión de los arts. 120.2º a 4º CP en aquellos casos en los que la actuación del dependiente sea constitutiva de un delito o falta). Este precepto establece una responsabilidad directa y no subsidiaria, de manera que es posible que el perjudicado se

dirija de manera directa y exclusiva al sujeto del cual depende el profesional sanitario, sin perjuicio de que también éste pueda ser demandado, con fundamento en el art. 1902 CC, en cuyo caso la responsabilidad civil será solidaria.

El art. 1903 del CC establece un régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa. Sin embargo, la culpa o negligencia funciona como hecho impeditivo de la pretensión resarcitoria frente al empresario, de manera que el perjudicado no tiene que acreditar la culpa para que se estime su pretensión, pero el empresario puede acreditar un comportamiento diligente para quedar exonerado de responsabilidad. Esta culpa-hecho obstativo se denomina culpa *in vigilando* o *in eligendo*, lo que hace referencia a que consiste en un incumplimiento de los deberes de diligencia relativos a la vigilancia, elección o instrucción del profesional dependiente. No se trata, por lo tanto, de una verdadera responsabilidad vicaria, sino por culpa propia (Beluche, 2010).

Los hechos que deben ser acreditados por el perjudicado para que su pretensión tenga éxito son (Peña, 2009):

1º) La condición de empresario. Según la doctrina sujeto responsable es todo titular de una explotación económica en sentido amplio, sea persona física o jurídica y con independencia del título que ostente sobre la explotación

2º) La relación de dependencia entre el empresario y el sujeto agente el daño. En general se requiere: *a)* el hecho de realizar una actividad por cuenta o en interés de otro; *b)* que en la realización de la actividad el sujeto en cuestión se halle sometido a la dirección u órdenes del empresario. La dependencia, el sometimiento al que se refiere el precepto es de naturaleza jurídica -no económica-, jurídico-laboral, funcional, civil o de otra índole.

En el caso de prestación de servicios médicos, la responsabilidad de la empresa por hechos de sus empleados ha sido reconocida, entre otras, *v.gr.*, por la STS de 21 de junio de 2006 [RJ 2006\3080] –relación de dependencia o subordinación entre el empresario y el profesional sanitario que a través de una inyección afectó al nervio ciático de la paciente-; por la STS de 23 de noviembre de 2004 [RJ 2004\7384], en virtud de la que se estimó la responsabilidad civil del centro médico y del médico ginecólogo que dependía de aquél, en un supuesto de hipoxia derivada de sufrimiento fetal que determinó el nacimiento de un niño con atrofia cerebral global; por la STS de 24 de marzo de 2001 [RJ 2001\3986], que declaró la responsabilidad civil de la sociedad titular del

centro hospitalario que designó al médico en un supuesto de ceguera bilateral de un recién nacido originada en las primeras semanas que permaneció en la incubadora, como consecuencia de la omisión de las exploraciones oftalmológicas aconsejadas por la *lex artis*, partiendo de la constatación de la existencia de una relación de dependencia.

Por no concurrir esta relación de dependencia entre el centro sanitario y la ginecóloga que prestó la asistencia al parto, la STS de 23 de diciembre de 2002 [RJ 2002\914] a pesar de estimar la existencia de responsabilidad civil de la ginecóloga, se exoneró al sanatorio que aquella había elegido para el parto, señalando que *nada tiene que ver con el daño*. En este mismo sentido, la STS de 4 de octubre de 2004 [RJ 2004\6066] estimó la responsabilidad del médico toco-ginecólogo y de la comadrona derivada del daño consistente en deficiencias crónicas por parálisis cerebral mixta originada por falta de oxigenación y sufrimiento fetal en periodo entre la rotura de aguas meconiales y el parto; exonerando a la entidad propietaria de la clínica al apreciar la inexistencia de una relación de dependencia funcional.

3º) La actuación del dependiente en el ámbito o con ocasión de las funciones encomendadas. Para que el empresario pueda exonerarse de responsabilidad, actualmente es necesario que el daño se infiera con total independencia de las tareas asignadas, sin que sea suficiente una mera extralimitación temporal o variaciones respecto de lo encomendado.

4º) La culpa del dependiente. En ocasiones el art. 1903.IV CC se aplica cuando el dependiente no ha sido identificado y el daño se puede imputar en general a la actividad de la empresa; lo que realmente constituye un supuesto de responsabilidad *ex art. 1902 CC*.

La responsabilidad civil de los centros sanitarios en estos supuestos exige que concurra la responsabilidad de los profesionales sanitarios, que actúan como auxiliares del cumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos concertado por el paciente o usuario con el centro sanitario. La acción de responsabilidad civil del paciente es de naturaleza extracontractual y, en consecuencia, está sometida al plazo de prescripción de un año *ex art. 1968.II del CC*, como ha precisado la STS de 19 de diciembre de 2008 [RJ 2009\536].

La interpretación objetivadora ha sido especialmente virulenta en relación con la responsabilidad del empresario del art. 1903.IV CC, en tanto que son escasísimos los

pronunciamientos jurisprudenciales en virtud de los que se exonera de responsabilidad aplicando el último párrafo del artículo en virtud de la prueba de un comportamiento diligente, a pesar de que a veces, formalmente, se mantenga la referencia a la culpa, junto a las continuas alusiones al riesgo y al principio *ubi commodum ibi incommodum* como fundamentos de su responsabilidad civil.

En estos supuestos, la existencia de un seguro de responsabilidad civil del empresario –el titular de la clínica o del centro hospitalario– en el que el profesional presta sus servicios cubre la responsabilidad civil de éste frente al usuario perjudicado. Así, la STS de 4 de junio de 2009 [RJ 2009\3380] estimó la responsabilidad del empresario y la consiguiente de su aseguradora de responsabilidad civil demandada, como consecuencia de la actuación negligente de una enfermera que administró un medicamento a la hija de los actores, provocándole daños cerebrales que ocasionaron su muerte.

El necesario complemento del art. 1903 CC es el art. 1904 del propio CC, en el que se establece la acción de regreso en favor de los empresarios que hayan respondido por el hecho de sus dependientes. El hecho de que el art. 1903.IV CC contemple una responsabilidad civil por culpa propia del principal y, por lo tanto, aunque también exista un comportamiento dañoso culpable del dependiente, al menos al principal le corresponde una parte de la responsabilidad por el daño, no se compadece demasiado bien con la acción de regreso del art. 1904 CC, que se refiere, como contenido de ésta, a *las cantidades satisfechas*, sin limitación alguna; si bien una interpretación conjunta de ambos preceptos debe conducir a limitar el derecho de repetición a aquella parte del daño resarcible que sea imputable a la culpa del dependiente (extremo que habrá de acreditarse al ejercitar la acción si, como sucede con alguna frecuencia, no se acreditó en el proceso anterior) y no a la totalidad del mismo, empleando los criterios propios de la concurrencia de culpas.

2.4. Imputación de la responsabilidad civil en supuestos de actuación conjunta del equipo médico

En el ámbito de la prestación de servicios sanitarios o médicos es frecuente que actúen conjuntamente un equipo multidisciplinario compuesto por especialistas de diversas áreas y con diversos cometidos –el equipo médico–. En el caso de la atención al parto, es común la actuación en equipo del ginecólogo o del obstetra, de la comadrona, de asistentes técnicos sanitarios, auxiliares de clínica, enfermeros, etc.

En el caso en que es posible determinar la actuación que ha causado el daño al paciente, la responsabilidad será individual del miembro del equipo médico que ha incurrido en culpa o negligencia. Obviamente los problemas se suscitan con toda su virulencia en aquellos supuestos en los que no se pueda determinar cuál de todos los profesionales que han intervenido es el agente o causante del daño. En estos supuestos, una primera posibilidad está representada por la imputación de responsabilidad al jefe o responsable del equipo médico, de manera exclusiva; lo que acontecería, *v.gr.*, en el caso de que uno de los profesionales se encontrase bajo su directa supervisión, como acontece con los médicos especialistas en formación –es el caso de los «MIR»– (Múrtula, 2005). La responsabilidad solidaria del jefe del equipo se establece en el art. 3.10º del a *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, al imputar la responsabilidad al «*profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o usuario*».

La segunda posibilidad está representada por el establecimiento de la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del equipo, lo que resulta posible siempre que no exista una relación de dependencia entre ellos, encajando este supuesto en la categoría conocida como daño causado por un miembro indeterminado de un grupo (Fernández Costales, 1987; Llamas, 1988).

Con todo, no son frecuentes los pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la responsabilidad civil de los equipos médicos, lo que viene motivado por el hecho de que estos servicios profesionales suelen prestarse en el ámbito de centros asistenciales u hospitalarios, públicos o privados y en relación de dependencia.

3. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS SANITARIAS

3.1. Sistema de responsabilidad directa y objetiva

El sistema de responsabilidad civil en virtud del que se enjuicia la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas Sanitarias se caracteriza, entre otras notas, por las dos siguientes:

1*) Establece una responsabilidad directa y única de la Administración frente al perjudicado, sin necesidad de identificar al agente del daño en concreto (al facultativo o al

personal sanitario dependiente de aquélla que haya realizado materialmente el acto o sea responsable de la omisión a los que el daño cuyo resarcimiento se pretende se imputa causalmente) y sin necesidad de demandarlo; *rectius*, sin que pueda ser demandado salvo en los supuestos de actuaciones penalmente relevantes, en cuyo caso la responsabilidad de la Administración en la que esté integrado el agente del daño es subsidiaria (*ex arts.* 146 de la LRJAP-PAC y 121 del CP).

2ª) Es una responsabilidad de naturaleza objetiva, de manera que es independiente de cualquier valoración en términos de diligencia de la conducta del agente del daño, pudiendo exonerarse únicamente en los supuestos de fuerza mayor (además de aquellos en los que el daño es imputable únicamente a una conducta del perjudicado y en los supuestos de daños derivados de los *riesgos del desarrollo*). De conformidad con lo dispuesto en el art. 139.1 de la LRJAP-PAC, la responsabilidad civil de de las Administraciones Sanitarias existe tanto en los supuestos de daños causados como consecuencia del funcionamiento *normal* como en los supuestos de daños consecuencia del funcionamiento *anormal* de los servicios públicos sanitarios.

3.2. Criterios de imputación

De *lege data*, tanto los daños causados por el funcionamiento *anormal*, como por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos sanitarios que el usuario / administrado / paciente no tenga el deber de soportar, originan una obligación indemnizatoria a cargo de las Administraciones Públicas Sanitarias si a ellas resultan objetivamente imputables.

3.2.1. El funcionamiento «anormal» de los servicios sanitarios públicos: responsabilidad por culpa (responsabilidad profesional: culpa o negligencia del profesional. El caso de la culpa grave). Disposición inadecuada de medios y de personal

La *anormalidad* de la actuación de los servicios públicos prestados por la Administración Pública comprende no sólo las conductas ilegales o ilícitas llevadas a cabo por el personal a su servicio que haya causado un daño a un particular, sino también los supuestos en los que estos daños se hayan causado como consecuencia del funcionamiento de estos servicios públicos por debajo de los estándares o medidas de calidad exigibles. En el caso de daños causados por los servicios sanitarios públicos, la Administración deberá indemnizar si se prueba un mal funcionamiento del servicio o su prestación por debajo del correspondiente estándar de calidad, tanto si es imputable

al establecimiento hospitalario considerado como entidad administrativa (insuficiente higiene, insuficiente dotación de equipos, mala organización de una lista de espera que repercute en la salud de los afectados, contagio hospitalario de alguna enfermedad, etc.) como si lo es a cualquiera de los miembros del equipo sanitario (médico que afronta de un modo inadecuado una intervención quirúrgica, anestesista que aplica una dosis incorrecta, analista que proporciona resultados erróneos, etc.).

Desde la doctrina administrativista se reclama el establecimiento legislativo de parámetros que sirvan para determinar cuándo existe un funcionamiento *normal* del servicio público de que se trate y ello porque parece claro que hablar de la prestación *normal* de un servicio público remite necesariamente, en orden a su apreciación, a la adecuación a estándares de actuación y a rendimientos o resultados normalmente exigibles. En todo caso, parece que la apreciación del funcionamiento *normal* de la Administración Pública Sanitaria de que se trate ha de realizarse en contraste con el adecuado cumplimiento de las obligaciones que le incumben y que podrían sintetizarse en las siguientes: a) Obligación de ofrecer un personal cualificado; b) Obligación de facilitar el material y el instrumental clínico necesario, adecuado y en buen estado; c) Obligación de coordinar adecuadamente las diferentes actividades asistenciales; d) Obligación de facilitar los medicamentos adecuados y necesarios; e) Obligación de prevenir las infecciones nosocomiales.

En el ámbito propio de los servicios públicos sanitarios las normas reguladoras cuyo incumplimiento determina la posibilidad de apreciar el funcionamiento *anormal* de los servicios sanitarios presentan una especial relevancia aquellas destinadas a regular la cobertura y equipamiento de los centros hospitalarios tanto en el ámbito material como personal (*Ley 37/1962, de 21 de julio, de Hospitales* -la DF 1ª de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 ordena que al Gobierno que regularice, aclare y armonice, entre otras, esta Ley-; RD 1746/2003, de 19 de diciembre, regulador *de la organización de los servicios periféricos del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y la composición de los órganos de participación en el control y vigilancia de la gestión* -modificado parcialmente por el RD 38/2008, de 18 de enero-; así como la normativa autonómica en esta materia).

El TS ha tenido ocasión de considerar como supuestos de *funcionamiento anormal* de los servicios públicos sanitarios los siguientes:

1º) La disposición inadecuada de personal: Son supuestos de los que ha conocido el TS que pueden incluirse dentro del funcionamiento *anormal* de los servicios sanitarios por

inadecuada disposición del personal sanitario los siguientes, en los que, en esencia, se considera la existencia de un funcionamiento anormal del servicio público de salud por inasistencia al parto de personal facultativo (en el caso de los actos médicos que nos ocupan, la presencia del ginecólogo o del obstetra), cuando concurrían circunstancias que requerían su presencia:

- Partos asistidos únicamente por una matrona, cuando se trata de partos complicados que han de ser asistidos por un médico: El supuesto es contemplado por la STS, C-Adm, de 25 de septiembre de 2007 [RJ 2007\7017], en el que se estima la responsabilidad civil de la Administración Sanitaria por las lesiones fetales que provocaron secuelas al recién nacido y que se produjeron durante un parto complicado asistido sólo por una matrona. Razona el TS que sólo en los supuestos en los que el parto se presente con total normalidad puede prescindirse de la presencia del médico. En este supuesto se considera la existencia de una mala praxis médica al no emplearse los medios –personales o humanos- necesarios para evitar el sufrimiento fetal y sus consecuencias.

- La SAP Navarra, Sección 1ª, de 11 de junio de 2008 [AC 2008\1674] estima la existencia de un supuesto generador de responsabilidad médica, derivada de la inasistencia al parto de un especialista, como imponían las circunstancias concurrentes, habida cuenta de los antecedentes obstétricos entre los que destacaban dos abortos espontáneos, sospechándose, además, la posibilidad de un feto macrosoma, como factor predisponente de la aparición de la distocia de hombros. En consecuencia, se consideró probado que existía una situación que hacía objetivamente previsible la posibilidad de determinadas complicaciones en el parto y la ausencia del ginecólogo impidió que, presentada la distocia de hombros, la misma fuere tratada por dicho especialista. En este caso la acción de responsabilidad civil se ejerció directamente frente a la entidad aseguradora de la responsabilidad civil -Zurich España- de la Administración Pública Sanitaria en la que estaba integrado el hospital en el que tuvo lugar el nacimiento.

Se trata de supuestos que pueden calificarse de actuaciones negligentes, como precisó, en el ámbito civil, la SAP Barcelona, Sección 1ª, de 21 de febrero de 2007 [JUR 2007\216959], que consideró que la inducción de un nacimiento mediante oxitocina revela la existencia de síntomas que exigen la presencia continua del obstetra. En el caso contemplado por esta Sentencia, se trataba de un parto inducido y programado, produciéndose el fallecimiento de la madre y naciendo el hijo con una parálisis cerebral. De igual manera, la SAP Barcelona, Sección 16ª, de 9 de marzo de 2005 [AC 2005\852] estimó la existencia de un supuesto de responsabilidad civil de la comadrona y del obstetra como consecuencia de la muerte del feto, ha-

biéndose acreditado que la comadrona no avisó al ginecólogo de guardia a pesar de la existencia de signos de sufrimiento fetal, dirigiendo el parto telefónicamente el obstetra que también resultó condenado.

2º) La disposición inadecuada de medios: De conformidad con la regla de que los pacientes no tienen porqué soportar las deficiencias de los medios -técnicos y humanos- de que disponen las Administraciones Sanitarias competentes reconocida en alguna resolución jurisprudencial (STSJ de Galicia, Cont-Adm, de 4 de julio de 2000), son supuestos habilitantes de la exigencia de responsabilidad civil a ésta cuando algún paciente sufra un daño en su salud imputable a esta causa los siguientes:

a) Los supuestos de daños causados como consecuencia de las deficientes condiciones del material clínico sanitario (STS de 5 de mayo de 1988 [RJ 1988\4016]).

Sin embargo, en aquellos casos en los que los daños causados sean consecuencia de defectos de fabricación del material clínico utilizado no detectables, no procede hacer responsable de los mismos al centro sanitario donde se han utilizado (es el caso contemplado por la STS de 17 de abril de 1998 [RJ 1998\2056]).

La cuestión relativa a la responsabilidad del prestador de un servicio sanitario cuando utiliza un producto defectuoso causante del daño ha sido suscitada en el supuesto resuelto por la STS de 24 de septiembre de 1999 [RJ 1999\7272]. En esta ocasión se ventilaba la responsabilidad del titular de un centro sanitario público dependiente de la Diputación Provincial de Valencia que había sido codemandada conjuntamente con un fabricante privado de productos farmacéuticos por una usuaria del mismo que, tras serle implantado un DIU defectuoso, se había quedado embarazada. La Sentencia en cuestión rechaza el recurso de casación presentado por el organismo territorial del que dependía el centro sanitario que había sido condenado en instancia solidariamente con el fabricante privado (DIU, SA) y ello afirmando que, sin perjuicio de la aplicación de la responsabilidad objetiva prevista en el art. 28 de la LGDCU [vigente art. 148. II TRLGDCU] para la prestación de servicios sanitarios (el suceso tuvo lugar en el año 1987 y la demanda se interpuso dos años después), cabe apreciar también responsabilidad subjetiva *ex arts. 1902 ó 1101 del CC* al apreciar que el prestador de los servicios sanitarios había actuado negligentemente al no verificar previamente el buen funcionamiento y la eficacia del dispositivo que se disponía a colocar. Se trataba de una intervención encaminada a conseguir el control de la natalidad que se encuentra entre aquellas que la doctrina y la jurisprudencia han aproximado a la ejecución de un contrato de obra y, en consecuencia, de las que se responde por el incumplimiento del

resultado esperado. En esta Sentencia nuevamente se pone de manifiesto la reticencia de la Sala de lo Civil del TS y del conjunto de órganos jurisdiccionales a aplicar la responsabilidad objetiva prevista en el art. 148.II del TRLGDCU para la prestación de los servicios sanitarios, aunque el resultado al que se llega en este caso es el mismo al que conduciría la aplicación directa de este precepto (Bercovitz, 2000). Por otra parte, de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 132 del TRLGDCU para aquellos supuestos en los que, en la producción del daño, hayan concurrido varios sujetos, se deriva que el titular del servicio sanitario en el que se haya realizado la intervención en la que se haya causado un daño a un usuario del mismo como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso, responde frente a éste, sin perjuicio de repetir lo pagado frente al fabricante, al importador (o, en su caso -en el del art. 146 del TRLGD-CU-, al proveedor) del producto defectuoso. Esto sucede así también cuando el titular del servicio sanitario sea una Administración Pública, lo que, como en el precitado comentario se señala, supone una nueva carga sobre el erario público, especialmente en los casos en los que el fabricante privado del producto defectuoso sea insolvente y, en consecuencia, se frustre la vía de regreso.

b) Supuestos de falta de medios adecuados e incluso organizativos en relación con la operatividad y/o coordinación de los mismos, o lo que es lo mismo, del instrumental técnico con la intermediación suficiente para la corrección y evitación de las consecuencias dañosas que se pueden producir eventualmente (STS de 6 de octubre de 1994 [RJ 1994\7465]). La STS de 31 de julio de 2002 [RJ 2002\7741] consideró acreditada la deficiente organización de medios materiales y humanos en un supuesto en el que el tocólogo abandonó el centro hospitalario con la gestante monitorizada, siendo primípara u con notoria estrechez del cuello uterino. Asimismo se estimó la existencia de responsabilidad de la comadrona que avisó al médico cuando ya era tarde, a causa del sufrimiento fetal que le causó el fallecimiento.

c) Supuestos de carencias en la seguridad de las instalaciones sanitarias.

Se trata de supuestos como el contemplado por la STS, Sala 3ª, de 15 de julio de 1995 [RJ 1995\6167]: Ingresada una paciente con trastornos psíquicos en un centro hospitalario para el tratamiento de una lesión física, se arroja desde una ventana a la calle, causándose la muerte. La Sentencia atribuyó la responsabilidad a la Administración Pública Sanitaria por *falta de seguridad*. Un caso similar es el resuelto por la STS, Sala 3ª, de 24 de octubre de 1995 [RJ 1995\7155]: Un enfermo ingresado en un hospital psiquiátrico con un cuadro de paranoia sufre diversas lesiones al incendiarse la cama a la que permanecía sujeto mecánicamente.

d) Supuestos de incorrecta o insuficiente realización de las pruebas en orden a realizar un diagnóstico adecuado que permita una intervención tempestiva:

El supuesto paradigmático es el representado por el retraso en la práctica de cesáreas en los supuestos en los que existan síntomas de sufrimiento fetal, especialmente en aquellos supuestos en los que la madre y el feto se encuentran en perfecto estado en el momento del ingreso y la realización de una cesárea en el momento oportuno hubiese conducido al nacimiento de un niño sano:

- STS, C-Adm, de 23 de febrero de 2010 [RJ 2010\3247]: Responsabilidad de la Administración Sanitaria por las graves lesiones padecidas por una niña recién nacida como consecuencia de sufrimiento fetal a cuya madre se le practicó una cesárea de urgencia después de llevar más de quince horas ingresada y el cuello del útero era demasiado estrecho. A tenor de los hechos reputados probados, la madre, una mujer relativamente joven, ingresó en el Hospital de La Paz al final del periodo normal de gestación por haber roto aguas; en el momento del ingreso, tanto la madre como el feto estaban en buen estado; las dificultades para el parto surgieron de que el cuello del útero era demasiado estrecho para el feto; la decisión de realizar la cesárea se tomó ya de madrugada, cuando la madre llevaba ingresada desde primera hora de la mañana del día anterior; y para realizar dicha cesárea fue sometida a anestesia total, a pesar de que hacía tiempo que se le había suministrado una epidural. La sentencia impugnada, que desestima la demanda de responsabilidad civil, entendió que los servicios médico-sanitarios se ajustaron a la *lex artis*, porque intentaron que el parto tuviese lugar por medio natural y acudieron a la cesárea sólo cuando comprobaron que no había otra alternativa. Observa, además, que la acidosis sufrida por el feto en ese tiempo -causante de la parálisis cerebral- puede deberse científicamente a diversas causas, no estando acreditado que fuese consecuencia de la tardanza en practicar la cesárea. La principal base para todo ello viene dada por el informe de la Escuela de Medicina Legal de la Universidad Complutense, proveniente del expediente administrativo. También el informe de la inspección médica se orienta en ese sentido. El TS, para estimar el recurso interpuesto, argumenta que por la Sentencia recurrida se realizó una valoración arbitraria e irracional de las pruebas practicadas, sin que la Administración Sanitaria demandada ofreciese una explicación racional de la acidosis sufrida por el feto en el periodo inmediatamente anterior al nacimiento, diversa de la referencia a las posibles causas, en abstracto, de la acidosis.
- STS, C-Adm, de 9 de marzo de 2010 [La Ley 6963\2010]: Responsabilidad de la Administración Sanitaria por el retraso en la realización de una cesárea que provo-

có el nacimiento de un niño con retraso mental y epilepsia. El TS razona que, aun cuando en el año 1994 –fecha del parto– no existía un protocolo para la realización de cesáreas, ésta debió practicarse en el momento en que se constataron los signos de sufrimiento fetal y compromiso de la respiración del feto, especialmente al tener constancia de los antecedentes de la madre, con parto previo de otro hijo nacido por cesárea en las mismas circunstancias.

- STS, Civil, de 20 de junio de 2008 [RJ 2008\4260] –la jurisdicción civil se consideró competente, pese a demandarse al INSALUD, por tratarse de un supuesto de concurrencia de responsabilidad junto con la del médico y habiéndose ejercitado la acción antes de la entrada en vigor de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/1998-: se estimó la responsabilidad civil del INSALUD, con exoneración del facultativo codemandado, en un supuesto de falta de adecuada realización de las pruebas diagnósticas que correspondían a la Administración Sanitaria y que determinaron que no se diagnosticase una hernia diafragmática congénita, que desembocó en la práctica de un histerectomía de la paciente.

3º) Supuestos de deficiencia en la información suministrada al paciente: Sobre el profesional facultativo médico, en el caso de intervenciones que requieran la prestación del consentimiento informado del paciente por escrito (enunciadas en el art. 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*) recae la obligación de información al paciente, en cuyo caso habrá de proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información acerca de las siguientes circunstancias enunciadas en el art. 10.1 de la Ley 41/2002: *a)* Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad. *b)* Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente. *c)* Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención. *d)* Las contraindicaciones de la intervención.

En todo caso, no cabe imputar la responsabilidad civil en virtud del simple de hecho de que se haya incumplido la formalidad de requerir al paciente la prestación de su consentimiento por escrito cuando se haya acreditado que éste se ha prestado sin ajustarse a aquélla forma (*v.gr.*, SSTS, Sala 4ª, de 22 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8844], de 26 de septiembre de 2000 [RJ 2000\8126] y de 22 de julio de 2003 [RJ 2003\5391]).

4º) Inadecuada ordenación de las listas de espera: En este supuesto el daño que sufra el paciente puede derivar del simple hecho de tener que soportar la dolencia hasta que

puede recibir el tratamiento médico, o del hecho de que la falta de atención médica durante un determinado periodo de tiempo permita que su situación se agrave. En estos casos, al margen de la posibilidad de que el paciente que se encuentre en una situación de *gravedad vital* pueda acudir a centros sanitarios privados ajenos a la Seguridad Social -opción que ha de estar justificada por ser excepcional al suponer una conducta contraria al deber que la *Ley General de la Seguridad Social* impone a sus beneficiarios de acudir a los centros sanitarios gestionados por la misma- pudiendo reclamar posteriormente la entidad gestora de ésta el reintegro de los gastos que haya tenido que sufragar. En efecto, de lo dispuesto en el art. 18 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, *sobre prestaciones y ordenación de servicios médicos*, resulta que si el beneficiario, por decisión propia o de sus familiares, utiliza servicios distintos de los que le hayan sido asignados, las Entidades *no abonarán los gastos que puedan ocasionarse*, excepto en los casos de denegación injustificada de asistencia sanitaria debida y de urgencia vital. La jurisprudencia, siguiendo la doctrina del TS, ha precisado que no toda urgencia es vital, *sino únicamente aquella que es más intensa y extremada y que se caracteriza, fundamentalmente y en más de los casos, porque en ella está en riesgo la vida del afectado* (STSJ de Galicia, Sala Social, de 27 de enero de 1999 [*Galega de Dereito* §.820]), de manera que la *urgencia vital* que justifica el derecho al reintegro de los gastos que el paciente haya tenido que soportar sólo es apreciable en los supuestos en los que el retraso en la prestación de la asistencia pública ponga en peligro la curación del enfermo, así como su propia integridad física y la de sus familiares. La jurisprudencia ha reconocido la posibilidad de imputación de daños a la Administración Sanitaria cuando se acrediten tanto la realidad de los daños como el deficiente *-anormal-* funcionamiento del servicio público (STS, 3ª, de 6 de julio de 1990 [RJ 1990\5780])

Sin duda, los ejemplos paradigmáticos, hasta la fecha, lo constituyen los contemplados por la STS de 31 de mayo de 2000 [*Lex Nova* núm. 19, p. 10] y por la SAN, Sala de lo Cont-Adm, de 4 de julio de 2000. El TS fundamenta su fallo estimatorio de la responsabilidad civil de la Administración Pública Sanitaria en que si bien la existencia de las listas de espera ha de ser admitida, dadas las carencias actuales del sistema de salud, la muerte de un enfermo en una de ellas constituye un daño antijurídico que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar, ya que la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad de los daños irreparables. Dado que la muerte de una persona es irreparable y la enfermedad que le aquejaba requería una intervención urgente, en virtud de lo que su intervención fue calificada como «preferente» por la organización sanitaria, siendo aplazada a una fecha posterior, por ello procede declarar el derecho a una indemnización a favor de la viuda e hijos del fallecido. En la precitada SAN de julio de 2000, se condena al INSALUD al pago de una indemnización derivada de la

responsabilidad civil surgida como consecuencia del fallecimiento de un paciente al que se le había diagnosticado una doble lesión en la válvula aórtica y no considerando el facultativo que le atendió que se trataba de una operación urgente la que necesitaba que se le practicara fue incluido en una lista de espera, falleciendo, a consecuencia de la dolencia descrita, siete días antes de que fuese llamado para intervenirle. La SAN precitada considera que lo que se ventila es si la muerte del paciente en lista de espera y por causa de la enfermedad que padece es un daño antijurídico que no tiene el deber de soportar, considerando que el daño en estos casos no es *normal*, que excede de lo tolerable y soportable puesto que la Administración sanitaria no puso los medios necesarios para realizar la intervención requerida en el momento adecuado al entender que no era urgente e imponerle la espera. La SAN precitada sienta la adecuada doctrina de conformidad con la cual los daños que experimenta el paciente son indemnizables cuando *la lista de espera en sí está mal gestionada, es irracional o de duración exagerada, cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de una espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que, sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada.*

De esta SAN parece poder derivarse la existencia de tres supuestos en los que los daños que experimente el paciente en lista de espera son objetivamente imputables a la Administración sanitaria competente: *a)* Daños que experimente en aquellos casos en los que la lista esté mal gestionada, no esté organizada con arreglo a criterios racionales y objetivos -con apoyo en razones científicas- o, simplemente, sea de duración exagerada. *b)* Cuando en el curso de la espera el paciente sufriese empeoramientos o deterioros de su salud que le provoquen secuelas irreversibles o que mitiguen la eficacia de la intervención quirúrgica cuando ésta se realice. *c)* Cuando la calificación de la prioridad de la intervención y/o el diagnóstico sean erróneos.

Los criterios de ordenación objetiva de las listas de espera son trasladables a la espera en los servicios de urgencias de los centros sanitarios públicos. La priorización del orden de la atención en estos servicios ha de realizarse también de conformidad con criterios objetivo/científicos, de manera que quien la haga ha de tener una formación sanitaria mínima para realizarla. Por ello, no puede considerarse adecuado que esta labor sea encomendada a celadores o a otras personas que carecen de formación sanitaria.

En el caso de que se trate de simples daños morales derivados del hecho de soportar el dolor físico que la dolencia causa al enfermo por tener que soportar la espera cuando

la lista esté ordenada con arreglo a criterios científicos y objetivos no concurrirá la antijuridicidad de la lesión y, en consecuencia no serán resarcibles. Así lo han entendido, *v.gr.*, las SSAN, Cont-Adm., de 29 de octubre de 2003 [JUR 2003\265284] y de 24 de noviembre de 2004 [JUR 2005\213205], declarando que las listas de espera en sí mismas consideradas son conformes a Derecho, de manera que los daños que experimentan los pacientes derivados de la existencia de las mismas han de ser soportados por éstos, salvo en aquellos supuestos de listas mal gestionadas, irracionalmente organizadas, de duración exagerada o en los supuestos en los que haya un error en la clasificación del enfermo en una determinada lista en relación con su dolencia o con la gravedad y urgencia de la intervención médica requerida por aquélla. Sin embargo, la propia SAN precisa que aunque la lista de espera sea asumible no lo es el resultado anormal que se pueda derivar de la espera, como el fallecimiento o la agravación irreversible de la dolencia, en cuyo caso surgirá la responsabilidad civil de la Administración Pública sanitaria *ex arts.* 141 y concordantes de la LRJAP-PAC.

3.2.2. El funcionamiento *normal*: La garantía de un resultado adecuado a las circunstancias del desarrollo científico y tecnológico.

Los daños causados en los supuestos de funcionamiento *normal* de los servicios públicos –sanitarios o de otra naturaleza- son aquellos daños incidentales causados a usuarios pese a que, analizada desde la perspectiva de la diligencia exigible, la actuación de la Administración haya sido irreprochable, lo cual viene a significar que el criterio de imputación de la responsabilidad civil a las Administraciones Públicas no puede ser la culpa, sino uno distinto que, normalmente, se considera que es el del riesgo que para terceros supone la actividad potencialmente dañosa desarrollada por la Administración. En efecto, el criterio del funcionamiento *normal* de los servicios de asistencia sanitaria pública permite imputar a la Administración titular todos los daños causados como consecuencia de la prestación de tal servicio público, incluidos aquéllos que sean debidos a los llamados casos fortuitos. Precisamente el ámbito de la prestación del servicio público sanitario constituye un marco especialmente idóneo para que se verifiquen daños vinculados al funcionamiento *normal* del servicio público sin que tales daños puedan atribuirse o vincularse a negligencias en la actuación de los profesionales sanitarios y/o a defectos en la organización del servicio, derivados de daños que son fruto de la irreversibilidad de ciertas patologías, de la limitación de los conocimientos médicos, de la manifestación de efectos secundarios inherentes a determinados tratamientos médicos necesarios, o de la realización de determinadas actuaciones que conllevan un riesgo conocido pero que, en atención a las ventajas que también conlleva, es asumido.

En estos supuestos carece de sentido hablar de culpa o de prueba de la misma, tanto referida a la concreta actuación del profesional sanitario, como referida a los medios, tanto técnicos como humanos, con los que se haya dotado al servicio sanitario. La Administración Pública Sanitaria responde abstracción hecha de que hubiese concurrido o no culpa en la conducta enjuiciada. En efecto, como ha declarado la STS, Sala 3ª, de 10 de febrero de 1998 [RJ 1998\1452], la característica fundamental de la responsabilidad civil de la Administración sanitaria consiste en que *no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala [...]*. Con todo, ha de precisarse que la responsabilidad objetiva en el ámbito de los servicios sanitarios no implica una utópica garantía de curación, sino simplemente una garantía de indemnización cuando, sin que medie fuerza mayor ni culpa de la víctima, no se alcancen los resultados normalmente previsibles y exigibles, de acuerdo con la praxis médica existente (Bercovitz, 1997). Resulta evidente que ni los profesionales sanitarios ni los centros asistenciales pueden obligarse a obtener el resultado consistente en la sanación del enfermo, por ello el demandante en estos casos habrá de acreditar la relación de causalidad entre la actuación del facultativo —o la omisión de la misma— y el daño que pretende le sea resarcido. Es claro también que, en un sistema de responsabilidad objetiva como el instaurado para los servicios sanitarios, tanto en el caso de centros asistenciales públicos, como privados (*ex art. 148.II del TRLGDCU*, en este último caso), el perjudicado demandante no tiene por qué probar el actuar negligente del profesional, así como que éste no puede exonerarse acreditando su actuar diligente y adecuado a su *lex artis ad hoc*. Por ello, si el resultado normal del tratamiento al que se somete el paciente conlleva determinados riesgos, de acuerdo con el estado actual de la ciencia y de la técnica médicas, si el paciente, habiendo sido debidamente informado de los mismos, voluntariamente consiente en someterse al tratamiento médico y éste es realizado de forma diligente, los eventuales daños que resulten y, desde aquellos parámetros, puedan calificarse como *normales* no serán indemnizables. Por el contrario, cuando los resultados del tratamiento médico sean completamente *anormales*, valorados también desde aquellos criterios, el paciente dañado sólo habrá de acreditar este dato y el facultativo o, en su caso, el centro asistencial responsable, sólo podrán exonerarse acreditando una circunstancia que interfiera en la relación causal como la culpa exclusiva del perjudicado o la existencia de una causa de fuerza mayor.

La utilización del criterio de los *resultados normalmente previsibles* como frontera delimitadora de los daños no indemnizables, aún en el supuesto de sistemas de responsabilidad civil objetiva, permite rechazar la crítica que frecuentemente se viene

formulando en relación precisamente con el establecimiento de una responsabilidad civil de este tipo en el ámbito de los servicios sanitarios. Se suele señalar que el incremento de acciones judiciales frente a los médicos puede determinar que éstos se refugien en un modo de practicar la actividad médica conservador y limitado, excluyendo la toma de decisiones que impliquen riesgos y tratando de avalar sus criterios y sus diagnósticos contrastándolos con opiniones de otros profesionales y con la realización de otras pruebas, a veces innecesarias, dando lugar a lo que se ha bautizado como *medicina defensiva* con la que el médico trata de proteger tanto su crédito profesional público como su patrimonio personal y que perjudica la prestación de los servicios sanitarios, burocratizándolos en exceso e incrementando sus coste de manera desproporcionada. Pues bien, la fijación del límite de los daños indemnizables *ex* responsabilidad objetiva en aquellos derivados de resultados de los actos médicos que no pueden reputarse normales resultados de actuaciones conforme a las normas de actuación médica acordes con la «*lex artis*» determina la innecesariedad de practicar pruebas médicas de diagnóstico que superen los límites medios o razonables en cada momento histórico y de acuerdo con las circunstancias objetivas -dolencia- y subjetivas del propio paciente (STS, Sala 1ª, de 11 de abril de 2000 [RJ 2000\2359]).

La afirmación de la responsabilidad civil de las Administraciones Públicas Sanitarias derivada del funcionamiento *normal* de estos servicios exige el trazado de la frontera que delimite los daños resarcibles causados como consecuencia de su funcionamiento *normal*. Esta frontera viene trazada por los resultados del tratamiento médico que, en el momento presente, puedan parecer razonables; esto es, acordes con el estado de la ciencia y de la técnica (Bercovitz, 1995). Este contenido de la responsabilidad derivada de la asistencia médica es plenamente coherente con un sistema de responsabilidad civil objetiva, permitiendo la combinación de la mejor protección de las víctimas, que no tendrán que probar la existencia de culpa alguna, con un resultado razonable basado en la exigencia de probar el nexo causal entre la prestación del servicio sanitario y el resultado dañoso. Las Administraciones Públicas serán responsables de todos los resultados *anómalos* que pudieran derivarse de una actuación médica, sin que ello implique, en modo alguno, utópicas garantías de curación. Por lo tanto, si una determinada intervención quirúrgica -el criterio es extensible a la realización de cualquier acto médico- es capaz de conseguir, en la normalidad de los casos, la curación del enfermo -resultado esperado para un paciente en el que concurren similares circunstancias de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento histórico en que se realiza-, se entenderá que si ésta no se produce se ha incumplido la obligación de la entidad sanitaria pública (también de la privada por aplicación del régimen del art. 148.II del TRLGDCU), con

independencia de que los profesionales sanitarios que materialmente hayan llevado a cabo la intervención sanitaria hayan adecuado su comportamiento a la denominada *lex artis* profesional.

La solución propuesta por Bercovitz ofrece un criterio objetivo y abstracto, puesto que ha de determinarse con arreglo a parámetros científicos, al tiempo que se compadece de forma idónea con la naturaleza de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas Sanitarias, permitiendo resolver adecuadamente los supuestos en los que de la intervención o tratamiento se puede esperar un resultado positivo para la salud del paciente conforme al estado de la ciencia médica en el momento en que se produce el acto médico. La responsabilidad surgirá sólo en aquellos supuestos en los que el resultado esperado de acuerdo con este criterio objetivo no llegue a producirse. En orden a verificar cuál es el resultado esperado de acuerdo con la ciencia médica el tribunal juzgador habrá de instruirse con los informes periciales pertinentes que habrán de tener en cuenta la individualidad del paciente sometido al acto médico y determinar la responsabilidad sobre la base de la desviación del resultado efectivamente producido respecto del que, de acuerdo con el estadio de la ciencia médica y del concreto paciente, resultaba objetivamente predecible.

En el ámbito de asistencia sanitaria al parto, la STS, C-Adm, de 30 de octubre de 2007 [RJ 2007\7334] desestimó la existencia de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria derivada de los daños padecidos por un recién nacido que sufre tetraplejia como consecuencia de las complicaciones acaecidas durante el parto. El TS considera que se adoptaron las medidas necesarias para apreciar que la asistencia prestada se ha situado en el estándar aceptable de la actuación médica y ha sido correcta, sin que en ningún momento funde su decisión en la atribución a la parte recurrente de la falta de prueba de sus alegaciones fácticas, y *sin que la parte actora señale la omisión de concretos elementos del expediente o de otra prueba oportunamente propuesta, cuya aportación pudiera haber determinado una valoración distinta y favorable a sus pretensiones precisas para solventar la problemática que aquejaba a la madre, sin que esta apreciación resultase desvirtuada por las alegaciones de la parte actora*. También es desestimatorio el fallo de la STS, C-Adm, de 29 de septiembre de 2010 (dictada en el recurso de casación 648/2007y que confirma la STSJ Valencia, Cont-Adm, de 15 de diciembre de 2006 [JUR 2007\104738]), en relación con la indemnización de los daños experimentados por el recién nacido, consistentes en fractura de la clavícula derecha y parexia braquial derecha, con limitaciones en el brazo derecho. El TS argumenta que no existió mala praxis por el hecho de elegir un parto por vía vaginal, no siendo obligada la práctica de cesárea; si

bien, parece evidente que se trata de un resultado evidentemente anómalo que debería haber permitido la imputación de la responsabilidad civil a la Consejería de Sanidad de la CA de Valencia, en su condición de titular del centro sanitario en el que tuvo lugar el alumbramiento.

4. EL SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

Con arreglo a la habilitación general que para la imposición de la obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de determinadas actividades se contiene en el art. 75 de la Ley de Contrato de Seguro [en adelante, LCS], en el que se remite al ejecutivo la precisión, por vía reglamentaria, de cuáles son aquellas actividades, sin perjuicio de su establecimiento por norma de rango legal, en los sectores de prestación de servicios relacionados con las actividades sanitarias se ha establecido aquella obligación en las siguientes normas:

- En el art. 36 del RD 29/2000, de 14 de enero, mediante el que se establecen *nuevas formas de gestión del INSALUD*, para los *profesionales sanitarios públicos*, a propósito del aseguramiento de responsabilidades, se establece que el personal que preste sus servicios en los centros sanitarios regulados en el citado Real Decreto tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. Con esta finalidad, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirá la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos.
- En el ámbito de la prestación de los *servicios sanitarios privados*, esta obligación se ha establecido en el art. 46 de la *Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias*.

La razón de ser de estas previsiones radica en la necesidad de dotar de la adecuada protección a las víctimas de determinados daños, especialmente cuando son fruto de actividades que entrañan un notable riesgo, como acontece en el caso de la prestación de servicios médicos o sanitarios, en general, pudiendo apreciarse la existencia de un interés público que subyace en las normas que establecen el aseguramiento obligatorio y que tiene su reflejo en la letra *b)* del art. 107.1 de la LCS, declarando aplicable la LCS cuando éste se concluya en cumplimiento de una obligación de asegurarse impuesta por esta Ley.

Como consecuencia jurídica más notable que se deriva de la existencia de un seguro de responsabilidad civil ha de señalarse el derecho del perjudicado o del dañado de dirigirse directamente contra el asegurador de la responsabilidad civil del profesional médico o del centro sanitario en el que se haya prestado el servicio al que causalmente cabe imputar el daño (*ex art. 76 de la LCS*). Procesalmente este derecho se traduce en la atribución de legitimación activa al perjudicado para ejercitar la acción directa frente a la entidad aseguradora del responsable del daño experimentado por aquél, pudiendo ejercitarse tanto en la vía jurisdiccional civil, como en la penal (en relación con ésta última, arts. 117 del CP y 784.5ª de la LECrim). La acción directa puede ser ejercitada de manera exclusiva frente al asegurador o acumuladamente junto con la acción de la que dispone perjudicado frente al responsable de los daños (asegurado). Así acontece, *v.gr.*, entre otros muchos supuestos, en el resuelto por la SAP Navarra, Secc. 1ª, de 11 de junio de 2008 [AC 2008\1674], así como en el que es objeto de la STS de 11 de febrero de 2011 (Rec núm. 1888/2007) en un supuesto de muerte del feto en el parto a causa de hipoxia o anoxia.

La previsión de esta acción directa presenta efectos favorables tanto en relación con el tercero perjudicado que puede dirigir su acción indemnizatoria frente a un sujeto solvente –la aseguradora-, que garantiza el cobro de la indemnización, siempre que concurren los presupuestos para que se declare la responsabilidad civil del asegurado y el riesgo esté cubierto por el seguro de responsabilidad civil por éste concertado; como en relación con el propio asegurado al que, en la mayoría de los supuestos, le permite desentenderse de las reclamaciones formuladas por terceros perjudicados. A efectos de facilitar el ejercicio de la acción directa y de que la existencia del contrato de seguro trascienda al perjudicado, el art. 76, *in fine*, de la LCS impone al asegurado el deber de manifestar al tercero perjudicado –o a sus herederos- la existencia del contrato de seguro y su contenido. La exigencia por el tercero perjudicado del cumplimiento del deber asegurado puede prepararse, antes del inicio del proceso, a través de las diligencias preliminares previstas en el art. 256.1 de la LECiv, especialmente mediante la contemplada en su núm. 5º, de acuerdo con el cual todo juicio puede prepararse mediante la petición de quien se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

5. CONCLUSIONES

1ª) La opción del legislador español por el establecimiento de sistemas de responsabilidad civil objetiva en el ámbito de la prestación de los servicios sanitarios –tanto

públicos, como privados- es una manifestación del Estado del bienestar. El mecanismo del seguro de responsabilidad civil –obligatorio tanto en la sanidad privada, como en la pública- y el establecimiento de la responsabilidad directa de las Administraciones Públicas Sanitarias funcionan como mecanismos redistribuidores de los riesgos pues, en última instancia, sólo recaerán directamente sobre el personal médico las consecuencias de actuaciones gravemente negligentes o dolosas.

- 2ª) En el ámbito de la prestación privada de servicios sanitarios, la jurisprudencia exige la presencia de una conducta negligente –culposa– en orden a imputar los daños experimentados por el paciente –la madre o el recién nacido– a los profesionales o al titular del centro sanitario en el que se han prestado aquéllos. La valoración de la conducta de los profesionales como negligente se hace tomando como criterio de referencia la *lex artis ad hoc*, adquiriendo los protocolos médicos y sanitarios especial relevancia a este efecto.
- 3ª) El establecimiento de la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del equipo resulta posible siempre que no exista una relación de dependencia entre ellos; pues, en caso contrario, responderá directamente el jefe del equipo.
- 4ª) Las Administraciones Sanitarias Públicas responden de los daños ocasionados por el funcionamiento anormal del sistema prestacional (*v.gr.*, deficiente disposición de medios, de organización del personal, de la confección de listas de espera, etc.), pero también en el caso de los derivados del funcionamiento «normal». La frontera de los daños resarcibles en estos últimos supuestos está trazada por los resultados del tratamiento médico que, en el momento presente, puedan parecer razonables, esto es, acordes con el estado de la ciencia y de la técnica.

BIBLIOGRAFÍA

Asúa González, C. I. (2007a). Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU, en Moreno Martínez, J. A. *La responsabilidad civil y su problemática actual*. Madrid: Dykinson, 35-66.

Asúa González, C. I. (2007b). La responsabilidad civil médica: pérdida de oportunidad y daño desproporcionado. *Ponencias del VII Congreso Nacional de la AEARCyS* (Sobre la responsabilidad civil y su prueba). Madrid: Sepin, 415-467.

Asúa González, C. I. (2008). Responsabilidad civil médica, en Reglero Campos, F. *Tratado de responsabilidad civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 697-815.

Barcellona, P. (1972). *Gli istituti fondamentali del diritto privato*. Nápoles: Jovene Ed.

Barría Díaz, R. (2010). *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: La Ley.

Beluche Rincón, I. (2010). La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes. *Revista de Derecho Patrimonial*, 25 (2), 207-219.

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1995): Comentario de la STS de 22 de julio de 1994 (Responsabilidad civil médica. Responsabilidad por culpa; naturaleza de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, carga de la prueba). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 37, enero - marzo de 1995, 149-156 (§.990).

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (1997): Comentario de la STS de 1 de julio de 1997 (Responsabilidad sanitaria y responsabilidad médica: postoperatorio de intervención quirúrgica, que da lugar a la amputación de una pierna; responsabilidad objetiva de la LGDCU; responsabilidad subjetiva del CC). *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 45 (1997), 1211-12221 (§.1231).

Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2000). Comentario a la STS de 24 de septiembre de 1999. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. 52, enero - marzo de 2000 (§.1419).

Díaz-Regañón García-Alcalá, C. (1996). *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*. Pamplona: Aranzadi.

Fernández Costales, J. (1987). *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Madrid: La Ley.

Galán Cortés, J. C. (2007). La responsabilidad civil médico-sanitaria, en Seijas Quintana, J. A. *Responsabilidad civil. Aspectos fundamentales*. Madrid: Sepín.

García Garnica, M^a C. (2010). *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*. Cizur Menor: Aranzadi.

Llamas Pombo, E. (1988). *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*. Madrid: Trivium.

Múrtula Lafuente, V. (2005). *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Dykinson.

Pantaleón Prieto, F. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones Públicas), en Moreno Martínez, J. A. *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 439-468.

Parra Lucán, M^a Á (2009). Comentario del artículo 148 del TRLGDCU, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Comentario del TRLGDCU y otras Leyes complementarias* (RDLeg. 1/2007). Cizur Menor: Aranzadi, 1739-1757.

Peña López, F. (2009). Comentario del artículo 1903 del Código Civil, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. *Comentarios al Código civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2159-2162.

Salvi, C. (1998). *La responsabilità civile*. Milán: Giuffrè Ed.