



Tesis Doctoral

**La responsabilidad civil del médico
anestésista**

Alfonso Serrano Gil
Licenciado en Derecho

Directora: Prof^ª. Dra. Dña. Lourdes Tejedor Muñoz

Codirectora: Prof^ª. Dra. Dña. Juana Ruíz Jimenez

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho

Universidad Nacional de Educación a Distancia

2015

Departamento de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Educación a Distancia

La responsabilidad civil del médico anestésista

Alfonso Serrano Gil
Licenciado en Derecho

Directora: Prof^a. Dra. Dña. Lourdes Tejedor Muñoz
Codirectora: Prof^a. Dra. Dña. Juana Ruíz Jimenez

AGRADECIMIENTOS

La culminación de este trabajo solo ha sido posible gracias al apoyo de muchas personas. No quisiera olvidar a ninguna, pero si esto acontece, desde este momento le ofrezco mis disculpas.

Debo comenzar siguiendo una natural prelación por el profesor D. Carlos Lasarte, nuestro director de Departamento, al que por tantas y tantas cosas tengo mucho que agradecer. Pero sobre todo, por la infinita paciencia que me ha mostrado y por el generoso afecto que siempre me ha dispensado.

A mis directoras de tesis, D^a Lourdes Tejedor y D^a Juana Ruiz, por su constante apoyo y sus atinados consejos. Mi más sincera gratitud a ambas, porque esta tesis es tan vuestra como mía.

A mis compañeras y entrañables amigas Rosa Adela y M^a Paz, que en todo momento me han animado a continuar y siempre me han brindado un apoyo desinteresado.

A la profesora Díaz-Ambrona, que hace muchos años me abrió las puertas del departamento de Derecho Civil y me inició en el campo del derecho sanitario.

A mi compañera de equipo docente, M^a Teresa Bendito, por sus buenos consejos y su ayuda incondicional.

Al resto de compañeros y amigos del departamento de Derecho Civil, a Fernanda, Patricia, Juan Carlos, Carmen, Begoña, Francisco, Teresa, África, Paz, Isabel, Verónica, Fátima, Juan, M^a Luisa, Lourdes Touchard, Fernando y Araceli. A todos, mi reconocimiento porque habéis sido para mí ejemplo de

laboriosidad, de concordia y convivencia, algo difícil de ver en la comunidad universitaria.

A mi padre (in memoriam), de constante recuerdo, a mi madre, que junto a mis hermanos, M^a Paula, Eduardo y Cristóbal, siempre los he sentido cercanos en el afecto y en la confianza.

A mi querido y buen amigo Alberto Hidalgo, por su apoyo técnico, que ha sido esencial para este trabajo.

A mi mujer, M^a Dolores, compañera fiel e inseparable en los buenos y malos momentos de esta aventura. A mi hija Loli, recientemente incorporada al claustro de profesores de la Facultad de Farmacia de la UCM, por su ayuda inestimable en la traducción de textos.

A mi hijo Eduardo, opositor a judicaturas, con toda esperanza.

Por último, y no por ello menos importante, deseo agradecer a los miembros de este Tribunal haber aceptado ser parte del mismo, así como el tiempo que han dedicado a la lectura de este trabajo.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	I
ÍNDICE	III
ABREVIATURAS	VII
INTRODUCCIÓN	XV
CAPÍTULO PRIMERO: ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA	1
I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA ANESTESIA.....	1
II. LA <LEX ARTIS> EN EL EJERCICIO DE LA ANESTESIOLOGÍA.....	7
1. CONCEPTO	12
2. <LEX ARTIS AD-HOC>	13
2.1. <i>Consideraciones generales.</i>	13
3. LA DETERMINACIÓN DE LA <LEX ARTIS>: LA RELEVANCIA DE LOS PROTOCOLOS MÉDICOS.....	16
4. <LEX ARTIS> Y MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES.....	19
4.1. <i>La importancia de las pruebas pre-anestésicas y <lex artis></i>	20
4.2. <i>Discusión sobre la exigibilidad de las pruebas pre-anestésicas y sus posibles riesgos.</i>	22
III. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO	26
1. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADOS	31
VI. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA.....	50
1. DEFINICIÓN DE LA ESPECIALIDAD ANESTÉSICA-REANIMADORA.....	50
2. LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS DEL MÉDICO ANESTESISTA: SU ACTIVIDAD MEDIAL.....	53
3. LA POSIBLE CALIFICACIÓN COMO OBLIGACIÓN DE RESULTADO DEL MÉDICO ANESTESISTA: SU ULTERIOR RECALIFICACIÓN COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS.....	62
CAPÍTULO SEGUNDO: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS ANESTESISTAS	69
I. EL CONTRATO DEL MÉDICO: CONCEPTUALIZACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES	69
1. SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN: DENOMINACIÓN	70
2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO EN EL ÁMBITO MÉDICO.....	71
3. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS	73

3.1. El Contrato de Mandato.....	73
3.1.1. <i>Antecedentes de la figura</i>	74
3.1.2. <i>El contrato de mandato y su inaplicabilidad a la actividad médica</i>	76
3.2. El contrato de arrendamiento de obra y de servicios.....	80
3.3. El Contrato de trabajo.....	87
3.4. El Contrato Innominado.....	88
3.5. El Contrato «sui generis».....	91
3.6. El Contrato Atípico.....	92
II. EL CARÁCTER CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ANESTESISTA....	93
CAPÍTULO TERCERO: LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CULPA EN ANESTESIOLOGÍA.....	99
I. PARTICULARIDADES DEL CONTENIDO DE LA PROFESIÓN ANESTÉSICA.....	99
1. LA PRE-ANESTESIA.....	101
2. LA ANESTESIA.....	104
3. LA POST-ANESTESIA.....	106
II. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	107
1. LA CULPA MÉDICA.....	113
1.1. La culpa médica en anestesiología.....	122
1.1.1. <i>El caso de la legislación Argentina. En particular la regulación de la culpa anestesiológica</i>	123
2. LA PRUEBA DE LA CULPA. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS TEORÍAS.....	125
2.1. La teoría del «favor probationis» o de las cargas probatorias dinámicas.....	125
2.1.1. <i>La aplicación de la teoría del «favor probationis» o cargas probatorias dinámicas desde el punto de vista de la jurisprudencia</i>	131
2.2. La Teoría del Daño Desproporcionado.....	132
2.2.1. <i>Los primeros antecedentes en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i>	137
2.2.2 <i>La Aplicación de la Teoría del Daño Desproporcionado</i>	145
2.2.3. <i>Cuestiones concretas del acto anestésico en relación con la teoría del daño desproporcionado</i>	149
CAPÍTULO CUARTO: EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ANESTESIOLOGÍA.....	155

I. CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA <LEX ARTIS>	155
1. CONCEPTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES	155
II. PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	170
1. EL TITULAR DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN	171
1.1. Breve alusión al caso de menor y del enfermo mental.....	175
2. EL RESPONSABLE DE PROPORCIONAR LA INFORMACIÓN AL PACIENTE.....	177
3. LA FORMA DE LA INFORMACIÓN, DEL CONSENTIMIENTO Y SU VALOR <AD PROBATIONEM>	180
4. EL OBJETO DEL CONSENTIMIENTO Y EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN	189
4.1. La información sobre los riesgos del acto anestésico.....	194
5. MOMENTO EN QUE DEBE PRESTARSE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO POR EL PACIENTE	202
5.1. Referencia a la legislación autonómica.....	209
CAPÍTULO QUINTO: LA RESPONSABILIDAD DEL TRABAJO EN EQUIPO	217
I. PLANTEAMIENTO GENERAL	217
II. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DEL TRABAJO EN EQUIPO	218
1. LA DIVISIÓN HORIZONTAL	226
2. LA DIVISIÓN VERTICAL	232
III. PRINCIPIO DE CONFIANZA	237
1. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE TRABAJO: EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA	240
1.1. Competencias y Fases integrantes de la actividad médico-quirúrgica.....	248
1.1.1. <i>La fase pre-operatoria</i>	250
1.1.2. <i>La fase intra-operatoria</i>	256
1.1.2.1. <i>Otros casos en los que la responsabilidad recae tanto en el anestesista como indirectamente en el cirujano</i>	263
1.1.3. <i>La fase post-operatoria</i>	266
2. LA DIVISIÓN VERTICAL: ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA	270
IV. LA POSIBLE DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL ANESTESISTA EN EL PERSONAL AUXILIAR SANITARIO	273
CONCLUSIONES	279
BIBLIOGRAFÍA	285
ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS ESPAÑOLAS	313
Tribunal Superior de Justicia	315

Tribunal Supremo.....	315
Tribunal Constitucional.....	328
Audiencias Provinciales	328
Sentencias	328
Audiencias Nacionales	331
Sentencias	331
Tribunal Justicia	331
Juzgado de lo Social.....	331
Sentencias	331
ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS EXTRANJERAS.....	333
ARGENTINA	335
ITALIA.....	336
Corte di cassazione.....	336
Corti d'appello.....	336

ABREVIATURAS

AA:	<i>Actualidad Administrativa</i>
AA. Vv.:	Autores Varios
a. C:	antes de Cristo
AC:	<i>Actualidad Civil</i>
ADC:	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
AP:	<i>Actualidad Penal</i>
App:	Corte d'appello
Apud. cit.:	<i>Citadopor</i>
art./artt.	artículo/artículos
ARP:	Sentencias de AP, AN y TSJ en materia penal (Aranzadi)
A.S.A.:	American Society of Anesthesiologists
Bd:	Boletín de Derecho
BGB:	<i>Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)</i>
BOE:	Boletín Oficial del Estado
Cap:	Capítulo
Cass.civ.:	Cassazione civile
CC:	Código Civil
CCAA:	<i>Comunidades Autónomas</i>
CCJC:	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>

CE:	Constitución Española
CP:	Código Penal
Cfr.:	Confróntese
cit.:	citado
coord.:	coordinado, coordinada
dir.:	director (s)
<i>DS:</i>	<i>Derecho y Salud</i>
Ed.	Editorial
ed.	edición
EDJ:	El Derecho-Base de Datos de Jurisprudencia y Legislación
ET:	Estatuto de los Trabajadores
<i>Fasc.</i>	<i>Fascículo</i>
FJ:	Fundamento Jurídico
JA:	Juristische Arbeitsblätter
<i>La Ley:</i>	<i>La Ley, Revista Jurídica Española</i>
La Ley Juris:	Base de Datos de Jurisprudencia de la Ley

LEC:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGS:	Ley General de la Sanidad
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>NRDComm:</i>	<i>Nuova Rivista di Diritto Commerciale</i>
núm/núms.	número/números
Nt.:	Nota
<i>Op. cit.:</i>	citado
p./pp.	página/páginas
RAE:	Real Academia Española
R. D:	Real Decreto
<i>RDPriv:</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RIDC:</i>	<i>Revue Internationale de Droit Comparé</i>
<i>RDComm:</i>	<i>Rivista del Diritto Commerciale</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>Riv., it., di Med., Leg.:</i>	<i>Rivista Italiana di Medicina Legale</i>
RJ:	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi</i>

<i>RTDC:</i>	<i>Revue Trimestrelle de Droit Civil</i>
R. O:	Real Orden
<i>RPJ:</i>	<i>Revista del Poder Judicial</i>
s./ss.	siguiente/siguientes
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
SEDAR:	Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapia del Dolor
SSAAPP:	Sentencias de las Audiencias Provinciales
SSTS:	Sentencias del Tribunal Supremo
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
T.:	Tomo
TOL:	Contenido de la base de datos Tirant Online
Trad.:	Traductor/traducción
TS:	Tribunal Supremo
UCI:	Unidad de Cuidados Intensivos
UNED:	Universidad Nacional de Educación a Distancia
UOC:	Univertitat Oberta de Catalunya

vid.:	véase
Vlex:	Base de Datos de la Biblioteca UNED
Vol.:	volumen
§/§§:	parágrafo/parágrafos

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas hemos asistido a un profundo desarrollo cuantitativo y cualitativo en la actuación profesional del anestesista, no solo en España, sino en todos los países de nuestro entorno cultural. En efecto, la especialidad en anestesia ha pasado de ser realizada por enfermeros o estudiantes bajo la estricta vigilancia del cirujano, o incluso por este mismo, quien en todo caso asumía la responsabilidad que pudiera derivarse de cualquier accidente anestésico a ser realizado por el anestesista, conformándose en los últimos años como una auténtica especialidad médica, que engloba un conjunto de conocimientos científicos y de técnicas propias, en virtud de los cuales el médico anestesista está plenamente capacitado para que sean de su competencia diversos quehaceres y cometidos, tales como aplicar y emplear métodos y técnicas necesarias para hacer al paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, exploraciones diagnósticas, partos y (para), finalmente, reanimar a aquellos pacientes en que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas

Al analizar un campo tan complejo como es el de la responsabilidad civil del médico, y en especial la del médico-anestesista, hay que decir, aún lamentándolo mucho, que se detecta de una forma muy perceptible una gran inseguridad y falta de certeza de estos profesionales ante los problemas jurídicos que el ejercicio de su profesión les plantea cotidianamente.

Actualmente pese a que todo ha cambiado, y las mutaciones sociales son positivas. El ciudadano cada vez se muestra más crítico frente a pilares de la sociedad como son la justicia, la educación, la sanidad, etc. Hoy se habla de la rebelión de los pacientes. De alguna forma, todos hemos contribuido a

ello por no clarificar a tiempo y en debida forma los problemas, que desgraciada y ciertamente pueden acabar por suceder.

Nos encontramos ante un círculo vicioso, los avances médicos son espectaculares, y en especial en el campo de la anestesiología. Como consecuencia, el ciudadano llega a pensar que está en presencia de una ciencia y unos profesionales que todo lo pueden curar, que en nada pueden fracasar aun que, por desgracia, no es así. Entre otras cosas, porque la muerte siempre acaba haciéndose presente. Junto a lo anterior, tampoco es admisible que detrás de cada acto médico o quirúrgico esté preparada la reacción del ordenamiento jurídico para exigir responsabilidades. De tal suerte que se genera una falsa apariencia, en virtud de la cual pareciera que con el mero pago de una cantidad por la prestación de los servicios a los médicos (con implícita satisfacción del requisito del 1124 CC, que faculta a exigir a la otra parte), se generase *«ipso iure»* a favor del paciente una doble vía disyuntiva de satisfacción. Por un lado, la deseable expectativa de que la prestación del servicio se lleve a cabo con normalidad y derive en la curación (caso del médico) o, en el caso del anestesista, la paliación del sufrimiento gracias a la intervención efectuada en el paciente. Y por el otro, automáticamente, si no se verificase la primera, es decir, la curación un hipotético derecho a ser resarcidos por no haber obtenido el resultado esperado. Como tendremos ocasión de analizar ulteriormente, esa pretendida objetivación de la culpa no es aceptable, ya que lo cierto es que el ejercicio de la profesión, así como el sometimiento a intervenciones quirúrgicas, conlleva necesariamente un factor de riesgo que ha de ser, necesariamente, asumido de manera consciente por el paciente. El instrumento jurídico, al que tendremos ocasión de referirnos en el momento oportuno, que permite conjugar los intereses de ambas partes y ofrecer un deseable respaldo de seguridad jurídica, es el consentimiento informado.

Habida cuenta de estas consideraciones, el objeto del derecho debe ser el de mostrar a los sanitarios el camino a seguir, pero a su vez, los sanitarios deben denunciar aquellos obstáculos jurídicos que impiden el correcto ejercicio de su profesión. Ciertamente, el derecho y la medicina son

dos ciencias obligadas a entenderse. Por esta razón, nace el propósito de realizar un trabajo de la naturaleza del que nos ocupa, y que debe estar presidido por la idea de establecer unas pautas mínimas que permitan al sanitario ejercer su profesión con ciertas dosis de seguridad, y a la vez poner de manifiesto aquellas trabas legales que impiden el normal desarrollo de la misma.

En otro orden de cosas, si bien el análisis de la responsabilidad del médico ha sido tradicionalmente objeto de estudio tanto por parte de los penalistas, como civilistas, también los administrativistas tienen mucho que decir, en este momento el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, ha adquirido la mayor relevancia en la materia que nos ocupa, habida cuenta que, tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), y concretamente del artículo 9. 1 establece que las demandas que se deduzcan contra sujetos privados pertenecientes a la Sanidad Pública, deberá conocerlas la jurisdicción contenciosa. En consecuencia, los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad en el seno de la sanidad pública, deberán ser demandados ante la jurisdicción contenciosa, cuando a su vez, junto a ellos, se deduzca demanda también contra institución pública en cuyo seno ejerzan su actividad. Surge por tanto una dificultad añadida en esta materia, pues nos encontramos con la hipotética existencia de la responsabilidad civil regulada en el Código Civil (en adelante CC) con la denominada "*Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública Sanitaria*", con un régimen jurídico y tratamiento muy diferentes. En el presente trabajo hemos querido centrarnos solo en el estudio de la responsabilidad civil, dejando para otro momento el estudio de la construcción objetiva de la responsabilidad patrimonial de la administración cuando actúa como prestataria del Servicio público sanitario. No obstante lo anterior, sí hemos considerado oportuno e interesante analizar la jurisprudencia emanada de los tribunales de lo contencioso, a los efectos de dar una visión más amplia de la responsabilidad del médico-anestésista, en lo concerniente a la naturaleza de la obligación del mismo, consentimiento informado, funciones [...].

El desarrollo de la presente investigación que culmina con las conclusiones recogidas en la parte final de la tesis, se estructura en cinco capítulos.

En el primer capítulo, se efectúa una breve reseña histórica, y decimos breve ya que, como se justifica, la aparición de la figura del médico anestesista, como especialidad médica, se regula muy recientemente. En efecto, al contrario de lo que ocurre con el médico y el cirujano, incluso las matronas, donde encontramos antecedentes y una cierta regulación jurídica tanto en el Derecho Romano como en Grecia, la figura del médico que empieza a utilizar la anestesia como herramienta de trabajo no aparece hasta mediados del siglo XIX. Ciertamente la introducción de la anestesia en el campo de la medicina, y fundamentalmente en la práctica de la cirugía, significó uno de los avances más notables de la ciencia médica y, por tanto, una extraordinaria aportación para la promoción y recuperación de la salud del ser humano. Resulta paradójico que una especialidad que no tiene por objeto la curación del paciente, ha sido esencial para el avance de otras especialidades médicas, en particular la cirugía. Esta circunstancia, se pone de manifiesto en el hecho de que la cirugía norteamericana superó a la europea, como consecuencia de haber inventado e introducido primero la anestesia general en el acto quirúrgico.

Por otro lado, se aborda el estudio de la «lex artis ad hoc», es decir, en el ámbito de la actividad del médico anestesista.

Pasando con posterioridad al análisis de la naturaleza jurídica de obligación de dicho profesional. Hemos intentado en este capítulo, que nos parece el de mayor envergadura, determinar a la luz de la doctrina tanto patria como foránea y de jurisprudencia más reciente, la obligación que el médico anestesista contrae con el paciente. En este sentido, la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 30 de junio de 2009, parece zanjar la inveterada discusión entre obligación de medios o de resultado, decantándose claramente por la obligación de medios, incluso en aquellas especialidades médicas denominadas no

curativas o satisfativas, tales como la cirugía estética. Nuestra opinión vertida a lo largo de este trabajo está claramente a favor de considerar la obligación del médico-anestésista como de medios, ya que, en el acto anestésico, concurre siempre el elemento aleatorio o «aleas». Con ello, se introduce en la ejecución de la prestación un punto de incertidumbre que es imposible de superar en todo caso, puesto que está más allá de cuanto puede exigírsele no solo al médico-anestésista en la impoluta praxis de su especialidad, sino también al estado actual de la ciencia médica. Esto a su vez implica que el profesional será responsable de demostrar que en todo momento prestó la debida diligencia que le sea exigible de acuerdo a la «lex artis» de su profesión, sobre la que tendremos ocasión de ahondar a su debido momento. El resultado de estas consideraciones, como veremos, será que el médico-anestésista no puede garantizar el resultado apetecido.

En el segundo capítulo se analiza la compleja relación contractual entre el anestésista y el paciente. En el campo de la práctica de la anestesia, se suscitan situaciones muy diversas dentro de la contratación cómo quién y qué se contrata. En este sentido, hay que señalar desde ahora, que la contratación se produce normalmente sólo entre el cirujano y el paciente. En esta tesitura, por otra parte muy habitual en la práctica, lo que suele ocurrir es que será el primero quien además aporte al equipo que habrá de practicar la intervención al especialista médico-anestésista. Esto provoca una yuxtaposición de responsabilidades diversas, que ha sido en numerosas ocasiones admitida por la jurisprudencia. Ya que, por el contrario, la contratación directa por parte del paciente al anestésista es menos habitual, pero su incidencia en la atribución de responsabilidades puede resultar determinante, para ello analizaremos casos concretos, toda vez que, recordemos, que el cirujano ejerce unas ciertas funciones de dirección en el transcurso de la intervención.

La relación contractual médico-paciente ha sido una cuestión analizada y debatida profusamente por la doctrina científica. Nosotros por ahora sólo queremos poner de manifiesto que una cosa parece clara: el encuadre en la tipología contractual es, normalmente, el resultado de la

propia naturaleza de la obligación, de la que es tributario el médico. Si la naturaleza de su obligación es de medios, estaremos en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios, y si es de resultado ante un contrato de obra. La manifestación práctica de esta dicotomía puede observarse en la distinción que debe apreciarse entre medicina curativa y medicina satisfativa, con las consecuencias que ya pueden otearse en el horizonte.

Con todo, y ante una situación en la que nuestro CC no regula de forma específica el contrato de servicios médicos, por lo que cabe incluso la posibilidad de recurrir a contratos atípicos para encuadrar la relación contractual médico-paciente. En este sentido, y en lo que al anestesista se refiere, se han llegado a formular como veremos teorías un tanto alambicadas al considerar que cuando sobre todo en los primeros tiempos es el cirujano el que contrata directamente con el paciente, se produce una relación triangular, donde el anestesista actúa por mandato del cirujano, a la vez, que la relación con el paciente es extracontractual. Con todo, lo anterior es el resultado del esfuerzo doctrinal por dar respuesta al problema contractual en un momento histórico, donde el anestesista, sobre todo en Francia, era considerado un auxiliar del cirujano. Esta situación actual, se ha superado claramente en todos los países de nuestro orden cultural, donde al médico-anestesista se le considera un especialista que actúa en plano de igualdad al del cirujano.

En definitiva, tras nuestro trabajo de investigación, teniendo en cuenta que la obligación que asume el anestesista es, con carácter general, de medios, defendemos que el contrato más acorde resulta ser el de arrendamiento de servicios.

Por lo que respecta al tercer capítulo, se analizan y desarrollan los elementos que integran la responsabilidad civil en el ejercicio de la anestesia. Para la comprensión totalizada de esta cuestión, resulta imprescindible partir del hecho indubitado que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad del paciente, y como tal es ajeno a la propia dolencia originadora de la intervención quirúrgica

[STS de 20 de enero de 2011]. En efecto, la jurisprudencia nos muestra una variedad de supuestos en los cuales la dolencia era de escasa entidad (por ejemplo, operación de amígdalas, cirugía estética, [...]) y por efecto de la anestesia se produce un daño grave a la salud del paciente. Ante esta respuesta, es comprensible que el paciente o sus familiares no se resignen a aceptar el daño sufrido. Se colige de lo anterior que la litigiosidad adquiere un nivel relevante. Además, dada la naturaleza normalmente grave de las lesiones que se derivan de un accidente anestésico, los montantes económicos en que orbitan este tipo de reclamaciones no son nada desdeñables, lo que sin duda juega a su vez un importante rol incentivador de las reclamaciones o, cuanto menos, despliega efectos de notable alcance a la hora de analizar los pros y contras de iniciar acciones judiciales.

No obstante lo anterior, defendemos la tesis de que la actividad de la anestesia no es una práctica de riesgo, sino que el riesgo es inherente a la actividad. Esto nos conduce a establecer un sistema subjetivo de culpa y por consiguiente se descarta en la actividad del anestesista la aplicación de un sistema objetivo de responsabilidad.

Todo ello tiene una consecuencia práctica de carácter jurídico procesal. En efecto, no resultan de aplicación en la determinación de la responsabilidad del anestesista, diversos mecanismos tales como la teoría de la facilidad probatoria, con efecto análogo a la inversión de la carga de la prueba o la teoría del daño desproporcionado que lleva aparejada la presunción de culpa que obliga al profesional a tener que probar que el daño irrogado es ajeno a la actuación.

En el cuarto capítulo se estudiará todo lo concerniente al consentimiento informado. La jurisprudencia es cada vez más exigente en cuanto a que la información y posterior consentimiento del paciente, se lleve a cabo de forma correcta. La ausencia o inadecuada información puede abocar a la responsabilidad del profesional por aplicación de la teoría de la facilidad probatoria que enlaza con la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Ciertamente, una inadecuada información en la fase de pre-anestesia puede tener una gran trascendencia en la toma de decisiones por parte del paciente. A pesar de que a la práctica en anestesia se la ha venido en denominar, por ciertos autores, como la *ESPECIALIDAD ANÓNIMA*, pues es verdad que el paciente siempre recuerda el nombre del cirujano que le operó y rara vez el del anestesista. Ello no implica que el anestesista esté exento de la obligación de informar. Justo lo contrario. En la fase de pre-anestesia la información puede tener una gran trascendencia de la toma de decisiones del paciente. De ahí que en este punto la obtención de consentimiento informado se configure como una auténtica obligación de resultado, pues es ajena al componente aleatorio que sí está inexorablemente presente en subsiguientes fases de la actuación del anestesista.

En el quinto y último capítulo resultaba obligado estudiar la responsabilidad derivada del trabajo en equipo. El desempeño de la actividad profesional del anestesista se realiza en el seno de un equipo médico, con mayor frecuencia en el equipo quirúrgico. Para un análisis completo de la responsabilidad del trabajo en equipo ha sido ineludible estudiar las aportaciones que sobre el particular ha realizado la doctrina penalista, ya que la misma ha prestado una mayor atención a esta cuestión.

En definitiva, la línea de investigación se ha basado en trazar unos criterios que permitan establecer con nitidez la responsabilidad de aquel miembro del equipo que realmente sea autor del daño, evitando con ello, de una parte, que el paciente quede desprotegido al tratarse de una actuación conjunta, y de otra, preservar al profesional que en todo momento ha ajustado su deber de cuidado a la *«lex artis»*.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA

I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA ANESTESIA

La aparición de la especialidad de la anestesiología y reanimación es muy reciente. En Francia, data de 1945¹. En Italia, se establece mediante la Ley 683/1954², y en España desde la Ley de 20 de julio de 1955 sobre enseñanzas, títulos y ejercicio de las especialidades médicas³. Desde el punto de vista docente las cátedras de anestesiología se crean en las facultades de medicina con la entrada en vigor de la ley de reforma universitaria⁴.

Sin embargo y pese al reconocimiento reciente de esta especialidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, al menos en el aspecto de la responsabilidad civil, se habían ocupado de ella, sobre todo al estudiar la responsabilidad derivada del trabajo de equipo⁵.

No hemos encontrado ningún antecedente de esta figura ni en Grecia ni en el Derecho Romano. Incluso, en este último, se deduce del texto atribuido a Celso, que la analgesia no era utilizada en cirugía, pues refiere

¹ *Vid.*, SAVATIER, Rene: *L'évolution de la responsabilité du médecin anesthésiste*, Ed. Cahiers Laënic, Paris, 1969, p. 53.

² *Vid.*, TRIMARCHI, Pietro: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Ed. Giuffrè, Milano, 1961, p. 127.

³ Ley de 20 de julio de 1955 sobre Enseñanza, título y ejercicio de las Especialidades Médicas. [BOE núm. 202, de 21 de julio de 1955, pp. 4440 a 4442].

⁴ Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. [BOE núm. 209, de 1 de septiembre de 1983, pp. 24034 a 24042].

⁵ *Vid.*, FERNÁNDEZ HIERRO, José María: «Estudios sobre la responsabilidad médica», en *Revista de la Universidad de Deusto*, 2ª época, Vol. 31, (1), 1983, p. 136.

dicho autor que los cirujanos «*deben tener una mente resuelta y sin piedad [...] no cortar de menos [...] sin que le afecten para nada los gritos de los pacientes [...]*»⁶. Es cierto que desde tiempos remotos han existido diversas formas de aliviar el dolor, así todas las civilizaciones utilizaron con tal fin sustancias como el cáñamo indiano, la mandrágora, el beleño, [...]. Pero ninguna puede compararse con los primeros anestésicos como el gas hilarante utilizado por primera vez por el dentista americano Horacio Wells en 1840⁷.

Como acertadamente afirma LAÍN ENTRALGO⁸ con la finura intelectual que le caracterizaba, la más importante hazaña técnica de la cirugía fue la definitiva introducción de la anestesia quirúrgica. La operación sin dolor fue siempre un ideal de los cirujanos. Con la introducción de la anestesia se pasó de una cirugía conservadora a otra restauradora y funcional. Junto con lo anterior, en opinión de GLASSCHETB⁹, hasta el descubrimiento de la narcosis y la dominación de las hemorragias mediante ligaduras de vasos, pesaba sobre la cirugía una maldición hereditaria.

Tras esta breve reseña de la era médica que podríamos llamar «proto-anestésica», y antes de pasar a revisar los verdaderos anales de la ciencia anestésica, convendría detenernos brevemente en extraer etimológicamente la génesis del término para identificar con exactitud el sentido que guarda. Así pues, a día de hoy la anestesia se encuentra definida por la Real Academia Española de la lengua como la «*falta o privación general o parcial de la sensibilidad, ya por efecto de un padecimiento, ya artificialmente producida*». A este respecto, conviene recordar que el término tiene sus orígenes en las voces griegas «*aisthesis*», equivalente a sentido, y el prefijo «*an*», privativo. Así era utilizado por PLATÓN Y DIOSCÓRIDES para referirse al

⁶Vid., GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Casos prácticos de Derecho Romano*, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2010, p. 24.

⁷Vid., HAYWARD, John: *Historia de la medicina*, traducción de Carlos, TORRES, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 230.

⁸*Historia de la medicina moderna y contemporánea*, Ed. Científico-técnica, Madrid, 1963, pp. 457 y 458.

⁹*El laberinto de la medicina: Errores y triunfos de la terapéutica*, traducción de Emilio, DONATO PRUNERA, Ed. Destino, Barcelona, 1970, p. 119.

efecto de la mandrágora al anular la sensación dolorosa¹⁰. Pero lo cierto es que, aunque etimológicamente la definición de la Real Academia Española (en adelante RAE) respete perfectamente los vocablos griegos de los que trae origen, el concepto científico y jurídico que manejaremos a lo largo de este estudio no tiene cabida en tal definición. Ello es debido a que, como ya hemos puntualizado anteriormente, en este mismo epígrafe hemos fijado como hito histórico el momento en que tal «*privación general o parcial de la sensibilidad*» que menciona la RAE deja de ser obtenida producto del padecimiento, sino que su consecución se obtiene a través medios químicos artificiales y específicos, diseñados para a tal objeto, y puestos en práctica con una concreta finalidad: la de favorecer la intervención quirúrgica.

Esta sucinta exégesis ya deja traslucir dos circunstancias destinadas a desplegar efectos de especial relevancia. La primera de ellas, que anestesiología y cirugía son dos especialidades destinadas a coexistir, una junto a la otra, sin que ello sea óbice para su independencia técnica, pues ambas pueden ejercitarse autónomamente sin la presencia de la otra.

La segunda, la existencia de una cierta subordinación funcional de esta sobre aquella porque, recordemos, el hito de la anestesiología como especialidad viene marcada por un obvio componente auxiliar de la cirugía, a la cual sirve al objeto de mejorar su alcance y resultados, permitiendo la práctica de cuantas maniobras precise el cirujano sin la oposición del paciente.

Estas dos circunstancias, como adelantamos, tienen dos clarísimas consecuencias. La primera de ellas, que se trata de dos disciplinas obviamente bien distintas, y por tanto no debieran confundirse los cometidos y responsabilidades de unos y otros, si bien en una primera etapa, de acuerdo a MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ¹¹, en ocasiones el propio cirujano es quien llevaba a cabo directamente la anestesia. La segunda, que ese carácter auxiliar conllevará durante décadas que en la práctica la anestesiología se subsuma dentro de la preeminente figura del cirujano

¹⁰ Vid., GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Feliciano: *Generalidades de la práctica de la anestesia y farmacología de los anestésicos de uso corriente*, Ed. Richard Grandio, Oviedo, 1976, p. 90.

¹¹ «La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo», en *AP*, 1, 1994, p. 284.

(circunstancia que en parte se sigue reproduciendo a día de hoy) y, erróneamente, bajo su responsabilidad.

Así, durante largo tiempo, desde los precedentes mencionados hasta el último cuarto del siglo XX, nos encontraremos que el desempeño de la anestesiología se entendió como una especialidad menor, y que la actuación del profesional anestesiólogo (sobre todo ante un accidente anestésico) se solapaba dentro de la responsabilidad del cirujano, como cabeza visible de la intervención quirúrgica. Esta circunstancia ha sido muy visible tanto en Francia como posteriormente en España, y en general en los países de nuestro entorno cultural. En Francia se producía el fenómeno de que en general era el cirujano quien asumía la responsabilidad por los hechos dañosos derivados del acto anestésico (responsabilidad civil indirecta). No obstante lo anterior, Francia fue a su vez pionera a la hora de deslindar la responsabilidad de cada miembro del equipo. Probablemente, el giro de la doctrina jurisprudencial francesa se produce a raíz de la sentencia de 5 de mayo de 1971 de la Cour de Montpellier en el denominado "caso Sarrazín"¹², donde el Tribunal declara: «*que los actos del anestesista son de su sola responsabilidad y entran dentro de su propia competencia*»¹³. La vigilancia del estado cardio-vascular del paciente compete exclusivamente al anestesista. Esta Sentencia fue confirmada por la Cour de Cassation el 22 de enero de 1972, afirmando que el cirujano no era responsable de los actos del anestesista, al no existir relación de subordinación entre ambos profesionales.

También en Italia se produce un fenómeno similar. Hasta la publicación de la Ley 653/1954¹⁴, que establece la especialidad de anestesiología y reanimación, al anestesista se le consideraba un auxiliar del cirujano. Con la creación de la especialidad, el anestesista asume personalmente toda la responsabilidad relacionada con el tratamiento anestésico.

¹² Vid., SAVATIER, Rene; AUBY, Jean-Marie y PEQUIGNOT, Henry: *Jurisclasseur de la Responsabilité civile et des assurances*, IV, Fasc. XXX, C, núm. 102, p. 2.

¹³ Así se desprende de la Cour Montpellier, de 5 de mayo de 1971, Gaceta Palloz, 1972.

¹⁴ Vid., TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

En nuestro país se constata el mismo fenómeno. En efecto, de un estudio realizado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ¹⁵, se destaca que la primera sentencia de condena por jurisprudencia a un médico anestesista se produce el 26 de junio de 1980, por parte de la Sala Segunda del TS. Este dato contrasta con que la primera condena a un médico cirujano se produce el 27 de enero de 1875. Nos encontramos, por tanto, que la transcurren ciento cinco años entre una y otra. En cuanto a la pura y exclusiva responsabilidad civil, el TS (Sala Primera) conoció por primera vez de la responsabilidad del médico en la sentencia de 21 de marzo de 1950. Mientras que no es hasta el 7 de junio de 1988 cuando se aprecia por primera vez la responsabilidad civil del médico-anestesista.

En el ámbito de las competencias que asume el anestesista, se observa también, una evolución cualitativa y cuantitativa de su actividad, lo que ha propiciado que se consolide como una especialidad compleja y autónoma, no solo por el caudal de conocimiento que precisa su ejercicio, sino por la constante vigilia y tensión a que están sometidos durante una jornada laboral estos profesionales¹⁶.

Siguiendo el influjo marcado por la American Society of Anesthesiologists (en adelante A.S.A.)¹⁷, se dicta una resolución de 15 de julio de 1986, conforme a los criterios de los ministros de Sanidad y Consumo, Educación y Ciencia y el Consejo Nacional de Especialidades, donde se establece que:

«La anestesiología-reanimación es una especialidad médica que engloba un conjunto de conocimientos científicos y de técnicas propias, en virtud de los cuales está plenamente capacitada para que sean de su competencia los siguientes quehaceres y cometidos:

a) Emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer al paciente insensible al dolor y protegerlo frente a la agresión psíquica o

¹⁵ *La responsabilidad civil y penal del anestesista*, Ed. Comares, Granada, 1995, pp. 19 y 20.

¹⁶ *Vid.*, GALÁN CORTÉS, Julio Cesar: «Consideraciones en torno a la responsabilidad civil del médico anestesista», en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 1, 1995, p. 5.

¹⁷ *Vid.*, KEATS, Arthur: «The A.S.A. classification of physical status, a recapitulation», *Anesthesiology*, Vol. 49, 1978, p. 49.

somática, antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, exploraciones diagnósticas, partos eutócicos o distócicos, evacuaciones y transportes y/o en otras ocasiones que así lo aconsejaren.

b) *Mantener las funciones vitales en condiciones óptimas antes, durante y/o después de cualquiera de las situaciones arriba citadas.*

c) *Reanimar cualquier tipo de pacientes, médicos o quirúrgicos, a los que muy diversas clases de situaciones patológicas hayan conducido hasta una situación crítica, en los que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva adecuada, hasta que se considere superado dicho estado crítico (comatoso, cardiorespiratorios, politraumatizados, shockados, intoxicados, [...]).*

d) *Abolir y/o controlar el dolor, sea cual fuese su etiología, en pacientes que tras un diagnóstico correcto y exhaustivo, no sean susceptibles de otros tratamientos médicos o quirúrgicos capaces de resolver las causas que origina dicho dolor.*

e) *Aplicar métodos y técnicas inherentes a esta especialidad, tales como ventilación artificial, oxigenoterapia, hiperbórica, reequilibración hemodinámica, electrolítica, metabólica o de la situación ácido-base, [...].*

f) *Organizar y sistematizar la reanimación, evacuación, transporte y asistencia de accidentados, o de pacientes en situación crítica de toda índole, por vía aérea, terrestre o marítima, con arreglo a las normas internacionales vigentes».*

A la luz de las complejas funciones y cometidos que asume el anestesista, afirma GONZÁLEZ MORÁN¹⁸ que dicha actividad no es solo medial o funcional de la actividad quirúrgica, sino que el espectro de sus actividades es muy amplio, despliega e invade prácticamente todas las esferas del quehacer médico. Ciertamente, sin perder su condición de colaboradora con otras ramas de la medicina, la anestesiología se ha constituido en una especialidad con técnicas y finalidades específicas.

¹⁸ *Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista*, Ed. La ley, Madrid, 1989, p. 1179.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto MARTÍNEZ-PEREDA, la especialidad en anestesia se ha visto afectada por numerosas reclamaciones y querellas. En este sentido señala también este autor que atendiendo a la doctrina del TS, el 13'30% de las reclamaciones contra profesionales sanitarios fueron dirigidas contra anestesistas.

Con esto queremos poner el colofón a esta breve introducción histórica y evolutiva poniendo de manifiesto la cara y la cruz de esta profesión, de ahí que como ya hemos insistido en otros apartados de este trabajo, nuestro propósito sea establecer con claridad y nitidez unas pautas de actuación que permitan al profesional de la anestesiología ejercer su actividad con ciertas dosis de seguridad y evitar con ello la reacción del ordenamiento jurídico.

II. LA «LEX ARTIS» EN EL EJERCICIO DE LA ANESTESIOLOGÍA

Según la Guía de Formación de especialistas, en concreto, la separata de anestesiología y reanimación, del Programa elaborado por la Comisión Nacional de la Especialidad y aprobado por la Secretaria de Estado de Universidades e Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia por Resolución de 25 de abril de 1996, la «lex artis» de esta especialidad se encuentra encaminada a:

«A) A aplicar los métodos y técnicas para hacer insensible al dolor y proteger al paciente de la agresión antes, durante y después de cualquier intervención quirúrgica y obstétrica, de exploraciones diagnósticas y de traumatismos. B) A mantener las funciones vitales en cualquiera de las condiciones citadas y en los pacientes donantes de órganos. C) A tratar pacientes cuyas funciones vitales estén gravemente comprometidas, manteniendo las medidas terapéuticas hasta que se supere la situación de riesgo vital de dichas funciones. D) Al tratamiento del dolor de cualquier etiología, tanto aguda como crónica. E) A la reanimación en el lugar del accidente y la evacuación de accidentados o pacientes en situación crítica».

Téngase presente que los medios para la realización de dichas conductas serán distintos teniendo en cuenta que el campo de actuación de esta especialidad es intrahospitalaria y extra-hospitalaria. Así, como todas y

cada una de estas conductas y medios, con las precisiones propias del lugar en el que cabe realizarlos, pueden desencadenar un desarrollo más casuístico y detallado, como se desprende de la Guía de Práctica Clínica en Anestesiología y Reanimación, en la que se encuadran los criterios de la Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapia del Dolor (SEDAR).

A mayor abundamiento, conviene matizar que este desarrollo es concebido como una aproximación –que no identificación- de la «lex artis» a la realidad «ad hoc», debido a que la identificación lo será en un caso concreto, el cual no puede resolverse con estas meras indicaciones, ya que lo único que éstas persiguen es la búsqueda de la mejora en relación a la calidad de la asistencia anestesiológica, mediante su unificación.

En este sentido, DE LORENZO Y LÓPEZ-TIMONEDA establecen que el recurso a estos criterios no garantiza sus resultados, que son meramente orientativos, debido a que esos criterios «*no pueden convertirse en un catecismo de obligado seguimiento puntual por los profesionales, dado el riesgo que se corre de petrificar los tratamientos y de prescindir de la prueba pericial para el caso y las circunstancias concretas*»¹⁹.

En particular, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993*²⁰, en su fundamento de derecho quinto, precisa que podrán variarse en cada caso concreto –«ad hoc»- atendiendo al juicio clínico del especialista responsable del enfermo, que así lo deberá hacer constar en la hoja de la anestesia.

A este respecto MARTÍNEZ CALCERRADA²¹, precisa que esa variación, derivada del caso concreto, será la que, en sentido propio, nos permita hablar de la «lex artis ad hoc».

Por su parte, DE LORENZO Y LÓPEZ-TIMONEDA matizan que «*estos criterios son establecidos por los propios médicos interesados movidos por*

¹⁹ *La responsabilidad profesional en anestesiología y Reanimación*, Abbot Laboratorios, Madrid, 1999, p. 43.

²⁰ [RJ 1993\2545] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-.

²¹ «Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc*», en *AC*, núm. 24, 1986, pp. 1700 y 1701.

la preocupación de tener el control sobre las normas de conducta profesional»²² y, añade RIVERA FERNÁNDEZ que «además, dichos criterios tienen un carácter orientativo para el Juez, pero en ningún caso vinculante»²³.

En este sentido, conviene precisar que las reglas de la SEDAR como pauta en la determinación de la «lex artis» del anestesista ha sido considerada como correcta por el TS. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de julio de 1998*²⁴, en su fundamento de derecho cuarto, señala haciendo suyo lo previsto por la Audiencia que:

«Para una actividad profesional correcta en anestesiología, se requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos [...] de la Sociedad Española de Anestesiología, Reanimación y Terapéutica del Dolor, cuyas bases, desde una perspectiva general son, sin duda, adecuadas [...]»²⁵.

²² *Op. cit.*, p. 43.

²³ *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración pública*, Ed. Editorial Práctica de Derecho, Madrid, 1998, p. 38.

²⁴ [R] 1998\6453] –ponente GARCÍA VALERA-.

²⁵ En idéntico sentido, *vid.*, la SAP de Barcelona, Sección 6.ª, de 20 de febrero de 1996 [AC 1996/2583] –ponente ZAPATA CAMACHO- y, la SAP de Valencia, de 14 de octubre de 1994 [ARP 1994/76] –ponente MONTERDE FERRER-. Por su parte, en la SAP de A Coruña, Sección 4.ª, de 25 de noviembre de 1997 [Vlex 112/1997] –ponente FUENTES CANDELAS-, en su fundamento de derecho quinto, expresó que: «[...] la lectura del Capítulo sobre Anestesiología y Reanimación del ejemplar de la "Guía de formación de médicos especialistas" del Ministerio de Sanidad y Consumo del año 1986 para conocer los objetivos de esta especialidad, que comprenden, además de la tradicional enraizada en la propia terminología utilizada de origen griego acerca de la insensibilización al dolor, el de mantener las funciones vitales (u homeóstasis), antes, durante y después de la intervención quirúrgica, la reanimación de los pacientes cuando tales funciones están gravemente comprometidas, incluida su evacuación intra o extra hospitalaria, con una mención de especial interés práctico para la farmacología anestésica, monitorización, y terapéutica respiratoria y cardiológica, incluyéndose un apartado de "técnicas mínimas que debe conocer en la práctica el anestesiólogo", y, evidentemente, cumplir, entre las que destacan las referentes a los importantes campos de las reanimaciones ventilatorias y cardíacas, la desfibrilación cardíaca, las paradas cardiorrespiratorias con su metodología, farmacología, y monitorización, los sistema de monitorización y su manejo, los respiradores, las medidas de transporte intra hospitalario monitorizado, con su material y las técnicas de evacuación. El libro sobre los "Criterios de vigilancia y monitorización en Anestesiología- Reanimación y terapia del dolor", de la Sociedad Española de la especialidad profundiza en estos temas y se proponen los criterios mínimos, destacándose: la importancia del preoperatorio y la valoración del riesgo; la verificación, durante la anestesia, del correcto funcionamiento del aparataje; documentando la evolución del acto en los protocolos editados al efecto concretando, entre otros, los datos relativos a los parámetros fundamentales utilizados (presiones arteriales, frecuencia

También, LLAMAS POMBO²⁶ puntualiza que el incumplimiento de dichas pautas que conforman la «lex artis» originaria lo que se denomina “*culpa anestesica*”, culpa de la que se genera una responsabilidad civil de los anestésistas y que será exigida cuando éstos no sean rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de dicha especialidad médica.

Así, en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 30 de septiembre de 2005*²⁷, se hace responsable civilmente al médico anestésista por su conducta no acorde con la «praxis» médica que se le puede exigir, derivado ello de la incorrecta realización de la evaluación pre-anestésica.

Téngase presente que esta evaluación pre-anestésica de forma conjunta con la per-anestésica y post-anestésica es uno de los componentes que aparecen de forma genérica en la Guía de formación de especialista en

cardiaca, características de la ventilación, fármacos y dosis utilizadas [...]); el control y monitorización del aparataje y del paciente; con la expresa advertencia de la necesaria evaluación continua de la ventilación en los supuestos de anestesia general (palpación, auscultación del tórax [...]), y, durante la ventilación mecánica, la monitorización de los volúmenes con sus alarmas activadas de máximo y mínimo; y otro tanto sobre la evaluación de la función circulatoria, la frecuencia cardíaca, y la tensión arterial, mediante dispositivos automáticos dotados de alarmas; ordenándose expresamente "dejar constancia escrita, en la gráfica de la anestesia, y en todo acto anestésico, de todo tipo de incidencias habidas, fármacos utilizados, monitorización [...]; se recogen también algunas instrucciones adicionales para casos especiales de patología previa grave o de previsión de alto riesgo, así como la monitorización del traslado intrahospitalario de pacientes con balas de oxígeno o respirador portátil [...]"».

²⁶ *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, pp. 397 y 397. Desde el punto de vista jurisprudencial la SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 16 de junio de 2000 [La Ley Juris: BD183270/2001] –ponente MARTÍNEZ ATIENZA-, en fundamento de derecho tercero, expresa que: «[...] *la responsabilidad civil de los anestésistas se exige cuando éstos no son rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de esta especialidad médica, cuya funcionalidad no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y proporcionar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y/o terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito, y entre éstos resulta imprescindible en todo momento la oxigenación, ventilación y circulación del paciente máxima atención y concentración a los efectos mencionados [...]* y ello no solamente durante el proceso preoperatorio y operatorio, propiamente dichos, sino asimismo durante el periodo postoperatorio [...]». En idéntico sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de diciembre de 1998 [La Ley Juris: 306/1999] –ponente VILLAGOMEZ RODIL-.

²⁷ [La Ley Juris: 613778/2006] –ponente MONTOLIO SERRA-.

anestesiología y reanimación del Consejo Nacional de Especialidades Médicas y de forma más detallada en la Guía Práctica Clínica en Anestesiología y Reanimación de la SEDAR y, que componen la actividad anestésica.

En la mencionada sentencia, concretamente la anestesista reconoció que no le pidió al paciente *«un consentimiento informado especial para el acto anestésico, y que ni le facilitó medicación pre-anestésica ni le realizó visita alguna a la entrada del quirófano»*.

De forma tal, que realizó la evaluación pre-anestésica minutos antes de que el paciente entrase al quirófano, cuando lo propio hubiera sido mantener una entrevista con la que la anestesista se hiciese cargo de la situación del paciente, con la finalidad de informarle de forma correcta para que la paciente otorgara un consentimiento más informado²⁸.

También, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de junio de 1988*²⁹, se reconoce la responsabilidad civil de un médico-anestesista como consecuencia de una actuación negligente en el cumplimiento de sus funciones que dieron lugar al fallecimiento de la paciente.

En el caso concreto, la paciente fue sometida a una intervención quirúrgica de abdomen agudo, por úlcera duodenal perforada; después de cinco minutos de recuperación en el quirófano, fue trasladada por dos celadores a su habitación, trayecto en el que se advierte cianosis y fue

²⁸ La jurisprudencia ha señalado que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la «lex artis», así la STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 23 de febrero de 2007 [R] 2007\884] –ponente LECUMBERRI MARTÍ-, en su fundamento derecho tercero, expreso que: *«[...] se ha señalado con absoluta nitidez que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la “lex artis ad hoc”»* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario, pues como indica la sentencia de veintiséis de febrero de dos mil cuatro *«aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala “praxis ad hoc”, no es lo menos que tal mala “praxis” no puede por se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil dos, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que el acto médico se deriva un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad [...]»*.

²⁹ [La Ley Juris: 810/1988] –ponente CARRETERO PÉREZ-.

enviada a la unidad de vigilancia intensiva en estado de coma, y allí murió días más tarde.

Téngase presente que la responsabilidad del anestesista derivó en el caso concreto de la falta de valoración del estado del paciente al concluir la anestesia, debido a que no se culminó de forma correcta la per-anestesia, ya que de haberse hecho, en lugar de enviarlo a la habitación se hubiera recurrido a la post-anestesia, tal y como se desprende de la Guía de Práctica Clínica en Anestesiología y Reanimación de la SEDAR.

En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 07 de junio de 2004*³⁰, en su fundamento de derecho cuarto precisa que: «*las actividades propias del anestesista-reanimador no se limitan temporal y espacialmente a las que lleva a cabo en el quirófano, pues son más amplias, correspondiéndole todas aquellas necesarias para garantizar la seguridad del paciente, en lo que ahora interesa, también después de practicarse la operación, pues debe controlar que la recuperación de la anestesia sea correcta y sin riesgos para aquél*».

1. CONCEPTO

Sentadas las premisas anteriores, conviene precisar que la expresión «lex artis», literalmente "ley del arte", ley artesanal o regla de actuación de la profesión de que se trate, se ha venido empleando siempre, como afirma MARTÍNEZ-CALCERRADA³¹, para referirse al modelo de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o si se ajusta o no a lo que debe hacerse. En consecuencia, si la conducta desplegada por el profesional se ajusta a las reglas técnicas pertinentes se habla de "un buen profesional" en el ejercicio de su profesión. Al ejercicio de la medicina, concebida como una ciencia experimental, se le aplica el principio de la «lex artis». Sin embargo, teniendo en cuenta que el desarrollo de la profesión médica está sometido a múltiples singularidades y particularidades, ha motivado que tanto la doctrina como la jurisprudencia hayan acuñado el concepto de «lex artis ad hoc».

³⁰ [AC 2004/984] –ponente ARAGÓN RAMÍREZ-.

³¹ *Derecho Médico*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, pp. 29 y 30.

2. <LEX ARTIS AD-HOC>

2.1. Consideraciones generales.

En efecto el ejercicio de la medicina ofrece muy diversas formas y se efectúa con medios muy dispares. Es por ello que para valorar la conducta del profesional se ha de tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla su labor. Por consiguiente, no es lo mismo enjuiciar el daño derivado de una intervención de urgencia practicada por un médico rural que cuenta con escasos medios técnicos, que el mismo daño irrogado por un cirujano de un gran hospital. De ahí la importancia de modular la <lex artis>. Es por ello, como afirma MARTÍNEZ CALCERRADA³² que la <lex artis ad hoc> como criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, la complejidad del acto, así como otros factores endógenos (estado del enfermo, organización sanitaria), para calificar si dicho acto es conforme o no con la técnica normal requerida.

Así se ha puesto de manifiesto por la reiterada y constante jurisprudencia³³ que aplican este criterio de actuación profesional, y precisamente lo hacen para resolver cada caso concreto de actuación médica

³² *Derecho Médico...*, *op. cit.*, p. 31.

³³ Así, entre otras, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de febrero de 1990 –ponente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-, establece que: «La actuación de los médicos debe regirse por la denominada "Lex artis ad hoc". Y en dicha actuación concurren los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro "alterum non laedere"». También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de marzo de 1991 [R] 1991\2209] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-, expone que: «La actuación de los médicos deba regirse por la denominada "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional», y ampliando dicha síntesis conceptual, cabe afirmar: que se entiende por "lex artis ad hoc" como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado) [...].».

que enjuician, ya que el concepto de <lex artis ad hoc> permite distinguir las particularidades de cada caso.

En este sentido, resulta ilustrativa la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de enero de 2010*³⁴, en la que el TS tras analizar la cuestión, estimó los motivos planteados realizando el siguiente razonamiento que, por su importancia, recogemos de manera literal y entrecomillada:

«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 en todo acto o tratamiento que decide llevar a cabo, 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 en una terapéutica determinada, que tiene como destinatario la vida, la integridad humana y la preservación de la salud del paciente (SSTS 24 de noviembre 2005; 8 de enero de 2006)»[...]«a la norma de conducta que exige un buen comportamiento profesional -lex artis-, pues es también hecho probado de la sentencia que la técnica empleada en el parto para la resolución del problema surgido fue correcta y la actuación de la ginecóloga adecuada a la “lex artis” aplicable».

La <lex artis> supone que 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 forma de actuación. Implica por tanto la obligación del médico de realizar aquellas pruebas necesarias atendiendo el estado de la ciencia médica en ese momento, incluidos los protocolos indicativos; todo lo cual conduce a criterios de limitación de la imputabilidad objetiva para recordar que no puede cuestionarse esta toma de decisiones si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende,

³⁴ [Vlex 8/2010] -ponente SEIJAS QUINTANA-.

infringiendo la prohibición de regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico³⁵.

La «lex artis ad hoc» es un concepto jurídico indeterminado que debe establecerse en cada caso. Lo que más se le parece suele ser un protocolo de actuación médica, aunque el protocolo nunca puede agotar el contenido de la «lex artis», que le supera siempre visto que la «lex» se nutre de toda buena práctica médica y no sólo de la establecida por el protocolo³⁶.

A través del análisis y del recorrido histórico de las sentencias del TS a este respecto, y a la vista de la más moderna Jurisprudencia menor, en el momento actual podemos decir que se ha establecido un límite básico a partir del cual el profesional sanitario puede enarbolar una cierta seguridad jurídica en la que amparar su actuación. En este sentido, el médico deberá observar siempre en su actuación la máxima diligencia, y habrá de hacer uso

³⁵ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 14 de febrero de 2006, [Vlex 84/2006] -ponente XIOL RÍOS- estableció que: «[...] la historia clínica, aun cuando sea elaborada por médicos ligados por una relación jurídica de naturaleza pública con los servicios de salud, no tiene un carácter asimilable al de los papeles o libros privados, pero tampoco ostenta el carácter de documento público determinante de plenitud de prueba respecto de los extremos que dispone la ley, pues, aunque quien la emita tenga la condición de funcionario, en ella se plasma la realización de actos médicos y se recogen valoraciones de reconocimiento o diagnóstico como elemento de la actividad médica para cumplir con la "lex artis", y no en función del carácter funcional o no del facultativo, ni para conseguir una finalidad de constancia propia del ejercicio de la función pública, ni como expresión de la competencia o facultades reconocidas a la unidad orgánica administrativa en que se integra el titular con virtualidad para producir formalmente efectos jurídicos frente a terceros». También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de febrero de 2006, [Vlex 167/2006] -ponente SEIJAS QUINTANA- estableció que: «La "lex artis" supone que 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 ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas: en primer lugar, la obligación del médico de realizar 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, de 23 septiembre de 2004). En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen». Y, *vid.*, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de mayo de 2007 [Vlex 1871/2000] -ponente XIOL RÍOS-.

³⁶ *Vid.*, Servicio de Patología Forense, Sevilla, 2012, pp. 20 a 23.

de todos los conocimientos y técnicas que tenga a su alcance. No puede exigírsele al profesional médico que con su actuación genere una mejoría, ya que semejante afirmación conllevaría aparejada una obligación de resultado que en muchos casos es de una imposibilidad insalvable en el actual estado de la ciencia.

En principio la infracción de la <lex artis ad hoc> implica que puede derivarse responsabilidad para el profesional. En otras palabras, la violación de la <lex artis ad hoc> supone de facto una dejación de los medios a su alcance empleados para una actuación médica. Y es precisamente esa dejación, sumada a la producción de un resultado lesivo para el paciente, la que genera la responsabilidad del profesional. No obstante, si el profesional acredita que el hecho se debió a caso fortuito o fuerza mayor podrá quedar liberado de la obligación de resarcimiento. Este juicio valorativo debe hacerlo el juez, el cual acudirá a los principios y pautas interpretativos para determinar cuál es el cuidado que ha de exigirse en cada supuesto práctico que se presenta. Por esta razón, el Juzgador, que es desconocedor de la ciencia médica, deberá recabar los oportunos informes periciales. Es frecuente que las diversas partes intervinientes en el proceso aporten su propio informe pericial, que en muchas ocasiones pueden ser contradictorios, lo que comporta para el juzgador un plus de dificultad para adoptar la resolución.

3. LA DETERMINACIÓN DE LA <LEX ARTIS>: LA RELEVANCIA DE LOS PROTOCOLOS MÉDICOS.

La búsqueda de fuentes que tengan un valor decisivo en orden a evaluar la conducta del médico y del profesional sanitario en su actuación, como ya hemos apuntado, es una labor judicial de enorme complejidad. Se trata de determinar en cada caso concreto, mediante la aplicación de un concepto abstracto como es el de la <lex artis>, si la actuación del profesional es correcta o merece el reproche por parte del Derecho. Desde hace años, se ha suscitado en el ámbito jurídico y médico la necesidad o conveniencia de aportar al proceso judicial los protocolos³⁷ relacionados con el problema

³⁷La Federación Mundial de Sociedades de Anestesiología establece protocolos recomendados para todos los profesionales de la anestesiología de todo el mundo. Su

pericial que se discute en el proceso. Esta tendencia a protocolizar los procedimientos de diagnóstico de tratamiento, es especialmente relevante en los momentos actuales.

En definitiva, se trata de plasmar en documentos las directrices que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y eficacia de la actuación sanitaria. La creación de los protocolos puede ser confeccionada tanto por las sociedades científicas como por expertos de un área o especialización médica, tanto de un centro hospitalario como de un servicio concreto³⁸. Por tanto, como criterio orientador para el juez, los protocolos pueden ser documentos de notoria importancia de cara a determinar la «lex artis ad hoc», ya que recogen los usos o costumbres más elementales "del arte" concreto. En otras palabras, sirven como concreción escrita de ciertos elementos básicos que se deben tener siempre en cuenta en el desarrollo de la actividad objeto de estudio o aplicación. Ahora bien, es cosa distinta si son vinculantes para el Juzgador.

Resulta evidente que estamos ante un documento que ofrece reglas y técnicas que operan como pautas o recomendaciones para el profesional de la salud, pero que carecen de obligatoriedad jurídica. En este sentido se pronunciaba PEDREIRA ANDRADE³⁹, quien consideraba que si bien el protocolo es positivo desde una perspectiva indicativa, el mismo no puede vincular al Juez ya que no se trata de una norma jurídica. Afirmar lo contrario es desconocer el sistema jurídico español. El Juez solo está sometido al imperio de la Ley, tal y como viene establecido por el artículo 117. 1 de la Carta Magna y el primero de la LOPJ. A mayor abundamiento, ni siquiera están sometidos al imperio del reglamento a la luz del artículo 6 LOPJ. Sí «stricto sensu» es cierto lo que hemos transcrito, no es menos cierto que estas reglas técnicas merecen ser acogidas por el Juzgador para configurar el deber de cuidado del profesional sanitario, y lo más importante, para motivar

intención es proveer ayuda y una guía a los profesionales de la anestesia (*Canadian Journal of Anestesia*, 2010, pp. 57 a 123).

³⁸ Vid., *Diccionario Mosby, Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud*, Ed. Harcourt, 2001, 5.ª ed.

³⁹ *Responsabilidad del Personal Sanitario*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1995, p. 115.

adecuadamente las resoluciones judiciales. En efecto, tanto en el orden jurisdiccional penal, Civil como Contencioso-Administrativo se recurre frecuentemente a los protocolos para determinar la «lex artis ad hoc»⁴⁰.

Si bien al principio señalábamos que el protocolo carece de rango jurídico-normativo, hemos de afirmar, no obstante, que la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, en su artículo 4, denominado «Principios Generales», y concretamente en el apartado 7, letra b) de dicho precepto establece que:

«Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar».

Lo que sí se puede colegir es que el protocolo o reglas técnicas de forma individualizada no son normas jurídicas que vinculen al Juzgador, pero, sin embargo, el hecho de que con carácter general haya tenido traducción normativa nos hace adoptar una posición diferente a la que la doctrina ha venido manteniendo. Con esto lo que quiero significar es que el protocolo o guía de actuación deben ser tenidos en cuenta como herramientas de interpretación y de valoración por parte del Juzgador a la hora de enjuiciar al profesional sanitario. Estos protocolos no son sino un manual o guía de la buena práctica, elaborado en base a la experiencia de los profesionales que colaboran en la redacción de los mismos. Por consiguiente, es evidente que la naturaleza misma de estos protocolos es ilustrar la práctica habitual y cotidiana, los usos propios de la especialidad

⁴⁰En este sentido, en SAP de Barcelona, de 17 de julio de 1993, asunto incoado con motivo de las transfusiones de sangre con anticuerpos de VIH, se tuvo en cuenta para su resolución los protocolos de realización de determinaciones de anticuerpos anti-vis H+LV III/LAV. En el orden contencioso-administrativo, destaca la STSJ de Islas Baleares (Palma), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de mayo de 2011 [Vlex 421/2011] –ponente FRIGOLA CASTILLÓN-, donde se afirma: «los protocolos sugieren que ese tipo de pruebas solo se han de realizar cuando existan antecedentes que así lo determinen. Por tanto, no existió infracción de la “lex artis” en el proceder médico». En el ámbito civil, es de destacar la SAP de Asturias, de 07 de octubre de 1993 que tuvo en cuenta para su fallo condenatorio el informe emitido en su día por la Asociación Americana de Bancos de Sangre.

objeto de estudio lo que, en definitiva, no es sino una forma o manifestación de «lex artis ad hoc». En otras palabras, si estos reglamentos versan y están escritos sobre el desarrollo de la actividad médica analizada, cristalizan y plasman cómo poner en práctica el arte en sí mismo. De esta manera, si el médico conduce su actuación conforme a los protocolos basados en la evidencia científica actualizada, difícilmente podrá imputarse a dicho profesional el reproche culpabilístico del resultado dañoso.

Asimismo, en relación con lo anterior, y ya en el ámbito de la práctica de la anestesia, ciertos protocolos o máximas de la experiencia científica han trascendido al ordenamiento jurídico, siendo reflejadas en normas jurídicas propiamente dichas. En efecto, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid, de fecha 22 de marzo de 1986⁴¹, se establece:

«Cualquier enfermo sometido a intervención programada, debe ser previamente revisado en consulta pre-operatoria por el anestesista según PROTOCOLO establecido, el cual quedará incorporado a la historia clínica».

En suma, el protocolo no es solo una mera regla técnica, sino que cuando las mismas, aunque de forma genérica, tienen una traducción normativa, adquieren «ipso iure» un carácter vinculante y su incumplimiento no justificado puede llevar aparejada la sanción penal o civil que corresponda.

4. «LEX ARTIS» Y MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES

La profesión médica se desarrolla en un contexto social en el que concurren numerosos factores que condicionan la calidad y el nivel de atención prestada y los resultados obtenidos. Aunque parezca ocioso decirlo, no es lo mismo tratar al paciente al inicio de la enfermedad que varios meses más tarde. Y tampoco es lo mismo atender a un enfermo sin prácticamente medios que en un gran centro hospitalario.

Por tanto, partiendo de dicha realidad y que el ejercicio de la profesión sanitaria siempre entraña riesgo, y muy especialmente en el

⁴¹ Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 22 de marzo de 1986, Normas mínimas de funcionamiento, artículo 3. 25 .2, Anexo II, p. 14.

campo de la anestesia, es de suma importancia a la hora de estudiar un caso concreto conocer el contexto socio-económico en que se desenvuelve la conducta profesional enjuiciada para establecer la «lex artis» aplicable al caso concreto y el grado de cuidado exigible en el supuesto fáctico que se juzga⁴². Es, por tanto, la realidad social del tiempo y del lugar, establecida en el artículo 3. 1 CC, la que cobra especial trascendencia como principio interpretativo e interpretador a la hora de resolver el problema que estamos estudiando.

En relación con esta problemática, resulta especialmente importante el estudio de la responsabilidad del anestesista como consecuencia de los daños irrogados al paciente derivados de reacciones alérgicas por causa de la anestesia.

4.1. La importancia de las pruebas pre-anestésicas y «lex artis»

Algunas sentencias han generado alarma entre los profesionales de la medicina. Particular trascendencia obtuvo la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 18 de marzo de 1993*⁴³ que ha sido sin duda la más polémica y criticada, tanto por los profesionales del derecho como por los profesionales médicos⁴⁴.

Los hechos del caso fueron los siguientes: La anestesista procedió a realizar la inducción anestésica a la paciente y a consecuencia de ello presenta un repentino cuadro de hipotensión, intensas convulsiones y parada cardio-respiratoria, de la cual consiguen sacarla, aunque con lesiones graves a consecuencia de las cuales la víctima ha quedado psíquicamente incapacitada para regir su persona y bienes de forma irreversible.

⁴² Vid., JORGE BARREIRO, Agustín: *La responsabilidad del personal sanitario*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 81 y 82 y, LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

⁴³ [De la que fue ponente COTTA MÁRQUEZ DEL PRADO].

⁴⁴ Al parecer el Fallo al que hacemos referencia motivó la celebración del Seminario Compuesto sobre «*Responsabilidad del Personal Sanitario*», al que acudieron importantes figuras del mundo jurídico y sanitario, convocado por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994. Con ocasión de aquellas jornadas se publicaron posteriormente las actas del seminario, donde queda plasmada la alerta social, jurídica y médica generada a raíz de la citada sentencia. Editado en 1995 en Pinto (Madrid).

Anteriormente la Audiencia Provincial había dictado una sentencia absolutoria, ya que tenía la duda fáctica de si la causa del resultado lesivo estuvo en que el médico anestesista le aplicó erróneamente venocaína para anestésicarla, o si se debió a que, habiendo empleado el fármaco adecuado (empotol) la enferma no lo toleró debido a una especial sensibilidad a uno de los productos que contiene.

El TS casó la sentencia de Instancia y condenó a la anestesista procesada. Para ello razona con un único argumento:

«Es inconcuso que la conducta de la procesada incurrió en él (delito), por tanto, si la medicina administrada no fue la correcta, como si lo fue, pero se produjeron las consecuencias dañinas, por no haber realizado las previas y oportunas pruebas alérgicas, el comportamiento en uno y otro caso fue negligente».

De forma tal, que se produce entre la sentencia de la Audiencia y la del Supremo⁴⁵, una grave contradicción. Para la Audiencia, la anestesista no se hallaba obligada a realizar las pruebas alérgicas previas, mientras que para el TS sí, tal y como afirma al decir que: *«no se realizaron las previas y oportunas pruebas de alergia»*. En consecuencia, ese es el motivo que justifica la condena. Creemos que con razón, advierte JORGE BARREIRO⁴⁶, que en ambas sentencias se observa una evidente falta de motivación, ya que ninguna de las dos resoluciones fundamenta en modo alguno las premisas que sientan.

A la vista de los términos en los que se planteó la cuestión nuclear del procedimiento, parecía imprescindible que se explicitara cuál era la *«lex artis»* aplicable a la hora de explorar a una enferma que iba a ser sometida a una anestesia general. Y dentro de este contexto, que se expusiera cuál era la práctica habitual en la realidad sanitaria española y en el ámbito concreto del centro hospitalario en que se llevó a cabo la intervención quirúrgica. También debió examinarse si era factible realizar las pruebas de alergia en

⁴⁵ En este sentido, *vid.*, SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo», en *DS*, Vol. 2, núm. 1, 1994, pp. 43 a 55.

⁴⁶ *Jurisprudencia penal y lex artis médica*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 83.

el propio hospital; si contaba con medios materiales y personales para ello; las consecuencias que el retraso en las pruebas podía generar; si la práctica de las pruebas tiene inconvenientes para el paciente; si se conocían antecedentes alérgicos en la paciente; si la Administración tenía asignado presupuesto para realizar las pruebas. En definitiva, se omitió por parte de ambos tribunales el análisis necesario para determinar la «lex artis ad hoc» en el supuesto enjuiciado.

4.2. Discusión sobre la exigibilidad de las pruebas pre-anestésicas y sus posibles riesgos.

Desde el punto de vista estrictamente médico, la sentencia como decíamos recibió encendidas críticas⁴⁷. En este sentido, se plantean cuestiones como: que las pruebas de alergia tienen más riesgos que ventajas; que no son exigibles con carácter general, que deben ser realizadas por el alergólogo; que incluso cuando hay sospecha clínica de que en verdad exista una sensibilización a ciertos medicamentos, también conlleva un riesgo bastante elevado su práctica. Junto a lo anterior, las sociedades científicas anestésicas tampoco consideran necesario practicar este tipo de pruebas⁴⁸ y en los estándares para una práctica segura de la Anestesia, no se exige con carácter general la práctica de las pruebas de alergia. Con todo, la propia Administración tampoco suministra los medios para ello, ni existe una demanda social pública que venga exigiendo la práctica de la misma. Sin embargo, en el orden jurisdiccional civil nos encontramos con bastantes resoluciones judiciales que han tratado sobre este importante asunto.

En efecto, el TS viene manteniendo una doctrina jurisprudencial al respecto, que se caracteriza por no ofrecer unas pautas seguras en este punto.

⁴⁷ *Vid.*, RUBIO SOTO, María y CONDE OLISAGASTI, Jesús: *Debate de jurisprudencia y lex artis*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 105 y 106.

⁴⁸ *Vid.*, por todos, La Federación Mundial de Sociedades de Anestesiología, en la publicación efectuada en *Canadian Journal of Anestesia*, 2010, pp. 57 a 123.

En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 17 de junio de 1989*⁴⁹ resolvió un caso donde la Audiencia Provincial de Pamplona, había absuelto al cirujano y condenado solidariamente al anestesista y al centro sanitario a indemnizar con diez millones de pesetas al demandante, el cual había sufrido una incapacidad permanente absoluta derivada de la anestesia practicada en una intervención quirúrgica. La Audiencia basa su resolución en que no se practicaron pruebas de alergia, cuando en su historia constaba que el paciente era alérgico a la penicilina. El TS confirma el fallo de la Audiencia, haciendo suyos los argumentos de la sentencia recurrida y declarando que con anterioridad el paciente había sido intervenido sin ningún problema y, en la segunda operación, que le produjo el daño, se había sustituido el fármaco anestésico por otro. Teniendo en cuenta que los profesionales no habían probado haber ajustado su actuación a la «lex artis ad hoc», a pesar de encontrarse con medios a su alcance (inversión de la carga de la prueba), lo que es manifestación del principio del daño desproporcionado que en ocasiones puede conllevar la inversión de la carga de la prueba.

Por tanto, en resumen, en este caso no se sancionó el daño derivado de la falta de pruebas de alergia (a pesar de que el paciente era alérgico a la penicilina), sino el hecho de sustituir en una segunda operación el fármaco anestésico, cuando en la primera intervención no existió ningún problema.

También, en la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de julio de 1998*⁵⁰, se enjuició el caso de un menor de 14 años que había sido intervenido por una fractura abierta del antebrazo derecho. En las dos primeras intervenciones no se logró el resultado apetecido, por lo que hubo de ser intervenido por tercera vez. En el curso de esta tercera operación, el paciente sufrió un paro cardio-respiratorio que provocó en él una anoxia cerebral, con el resultado de que el menor padece una gran invalidez. El Juzgado de 1.ª Instancia estimó en parte la demanda, que fue revocada en parte por la Audiencia, en el sentido de aumentar la indemnización a 45.000.000 pesetas.

⁴⁹ [Ponente FERNÁNDEZ-CID DE TEMES].

⁵⁰ [RJ 1998\6453] –ponente GARCÍA VALERA–.

El TS subraya que la sentencia de instancia ha hecho un minucioso estudio de los distintos procesos que comporta el acto anestésico (pre-anestesia, inducción anestésica y reanimadora), basándose en la opinión facilitada por la presidencia del SEDAR, la resolución de apelación obtiene la conclusión de que la responsabilidad civil es del anestesiólogo por no haber efectuado al paciente las pruebas para detección de una posible sensibilidad a la anestesia, pese a no tratarse de una operación urgente, y por omitir el control de las constantes vitales. Para el TS, son los médicos demandados los que debían ofrecer explicaciones convincentes de los hechos y acreditar igualmente que el hecho se debió a caso fortuito o fuerza mayor. Considera el Alto Tribunal que los médicos no han acreditado que su comportamiento fuere correcto. Como puede observarse en este caso la resolución es más tajante.

En consecuencia, resulta obvio que las pruebas de alergia han de ser practicadas, salvo casos de urgencia o cuando existan otros motivos que justifiquen que no deben realizarse. En torno a esta temática creemos de sumo interés la aportación del magistrado MARTÍNEZ-PEREDA⁵¹. En estas cuestiones tan controvertidas se debería poner más el acento en la información que al paciente que va a ser intervenido le proporciona el anestesista. Es indudable que la práctica de una buena pre-anestesia podría evitar accidentes y litigios⁵², ya que se tendría un mejor conocimiento del estado del enfermo y a su vez este estaría mejor preparado para el acto quirúrgico.

Finalmente, hemos de traer a colación la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de octubre de 2007*⁵³, que versa sobre los siguientes hechos: un niño de 6 años de edad fue operado de amígdalas, bajo anestesia general. Unos cinco minutos después de finalizada la operación, cuando el niño se reanimaba de la anestesia, sufrió una parada cardio-respiratoria. Trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos (en

⁵¹ *La cirugía estética y su responsabilidad*, Ed. Comares. Granada, 1977, pp. 347 y ss.

⁵² En este sentido, *vid.*, RUIZ ABASCAL, Elena: «Aspectos médico-legales de la consulta de la consulta de anestesia», en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Madrid, 2009. De su estudio pormenorizado de la cuestión, los autores concluyen que, de 100 casos estudiados, en el 75% de ellos se había realizado mal la pre-anestesia.

⁵³ [Vlex 1163/2007] -ponente SEIJAS QUINTANA-.

adelante UCI) de otro hospital del *INSALUD*, entró en coma y al poco tiempo falleció.

La sentencia de la Audiencia declara: que no era necesaria la práctica de prueba previa de reacción a la anestesia a los efectos de determinar el grado de tolerancia o intolerancia del anestésico empleado. Estas pruebas son únicamente aconsejables en aquellos supuestos en los que existe documentación de algún tipo de reacción adversa atribuible a fármacos u otras sustancias utilizadas preoperatoriamente. Estas pruebas no garantizan, aún con el supuesto de resultado negativo, la inexistencia de posibles reacciones anafilácticas, por lo que la práctica de las pruebas es a veces inútil e incluso contraproducente.

En la autopsia practicada al cadáver del niño se determinó que se evidenciaba una hiper-dosificación de anestesia y una hipersensibilización a sustancia anestésica.

El TS, en el fundamento de derecho segundo, acepta el criterio de la Audiencia en cuanto a que:

«Las pruebas de alergia no se hicieron no solo porque no eran aconsejables, sino porque podían ser contraproducentes para la salud del menor».

En este supuesto para el tribunal la actuación de los médicos se ajusta a la *«lex artis ad hoc»*. Hay que afirmar que la tesis mantenida en este supuesto ha sido sostenida en sentencias posteriores, incluso por los tribunales del orden contencioso-administrativo⁵⁴. Por tanto, parece que el planteamiento médico sobre la cuestión ha sido, finalmente, acogido por la jurisprudencia, teniendo en cuenta siempre las matizaciones y cautelas propias en los que se pronuncia.

⁵⁴ En este sentido, *vid.*, entre otras, las SSTS, Sala 3.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de septiembre de 2010 [Vlex 567/2010] y, de 20 de mayo de 2011 [Vlex 340/2011] –siendo en ambas, ponente SEIJAS QUINTANTA-. También, *vid.*, la STSJ de Islas Baleares (Palma), de 31 de mayo de 2011 [Vlex 421/2011] –ponente FRIGOLA CASTILLÓN-.

III. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO

En el ámbito médico, la doctrina y la jurisprudencia que avala la clasificación de las obligaciones -de tanta relevancia en el marco de la responsabilidad médica-, pone de manifiesto que en la mayoría de actos médicos nos encontramos ante la asunción por el facultativo de una obligación de medios, no encontrándose el médico obligado a curar al paciente, debido a que la finalidad de la prestación médica se agota al proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y la <lex artis>.

Así, LE TOURNEAU, afirma que «*el médico asume una obligación de actividad, diligencia y prudencia, conforme al estado actual de la ciencia médica siendo, por tanto, deudor de una obligación de medios, por cuanto en su actividad se encuentra siempre presente un elemento aleatorio*»⁵⁵, es decir, que el resultado buscado por el facultativo no depende exclusivamente de su proceder, sino que también intervienen otros factores -endógenos y exógenos-, que son ajenos a su actuación y que escapan de su control⁵⁶.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006*⁵⁷, en su fundamento de derecho tercero, declaró que:

«*Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma*».

De forma tal, que el médico no garantiza la curación del enfermo, pero sí la utilización de las técnicas más adecuadas, de conformidad con el estado

⁵⁵ *Droit de la responsabilité et des contracts*, Ed. Dalloz, Paris, 2006, 6.ª ed. p. 509.

⁵⁶ Así, GALÁN CORTÉS, Julio César: *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 65. En idéntico sentido, *vid.*, GARCÍA GARNICA, María del Carmen: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Monografías Aranzadi, Ed. Aranzadi, Madrid, 2010, pp. 36 y 37; MARÍN VELARDE, Asunción: Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad curativa y/o asistencial, en *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado)*, (dirs.), LLEDO YAGÜE Y MORILLAS, (coord.), CUEVA MONJE BALMASEDA, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 56 y 57.

⁵⁷ [Ponente SEIJAS QUINTANA].

actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso (de las personas, del tiempo y del lugar).

Igual doctrina se sigue en otros países de nuestro entorno, tal y como se desprende de la *Sentencia de la Cámara, 1.ª, de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina), de 24 de marzo de 2003*⁵⁸, al señalar que:

«La actividad médica compromete una obligación de medios y no de resultados, y por otro lado la medicina es un arte de naturaleza conjetural. Por ello y para que la responsabilidad profesional sea imputable al médico interviniente, no resulta necesario que de su actuación exista culpa grave, bastando solamente que se muestre que la culpa existe, y que media relación de causalidad entre tal conducta y el daño producido. En lo que concierne a la prueba de la culpa en la actuación del médico, ésta recae sobre el presunto damnificado, que por tratarse de meros hechos, todas las pruebas resultan admisibles, incluso la de presunciones. Es así que el médico tiene la obligación de poner al servicio del paciente todos sus conocimientos científicos y brindar la asistencia profesional que la enfermedad requiere, sin olvidar que la ciencia médica tiene sus limitaciones, y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes, y por ende, obliga a restringir el campo de la responsabilidad. La obligación del facultativo está en poner al servicio del enfermo el caudal de conocimientos científicos y prestarle la diligente asistencia profesional que su estado requiere»⁵⁹.

⁵⁸ Caso G.N.E. c/ Municipalidad de Córdoba-Hospital de Urgencias y otros. En idéntico sentido, *vid.*, la Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de 27 de agosto de 1996 (caso Recurso de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal nº 2179. del 27 de agosto de 1996.) y, la Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de 04 de febrero de 2011 (caso Piñeiro, Hugo C/ Osecac y Otro S/ Daños y Perjuicios).

⁵⁹ Sobre este mismo aspecto, la STS, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 10 de marzo de 2005 [Vlex 982/2001] –ponente GONZÁLEZ NAVARRO-, en su fundamento de derecho cuarto, declaró que: *«Por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente. [...]. El sentido común proclama, y la experiencia confirma, que pertenece a la naturaleza de las cosas la imposibilidad de garantizar el feliz resultado de una intervención quirúrgica (y, en general, de ningún acto médico). Y cuando decimos esto no estamos refiriéndonos al caso de que el servicio haya funcionado mal, lo que,*

Por tanto, al abordar la responsabilidad civil del médico, y partiendo de la premisa de que como norma general entre las relaciones entre facultativo-paciente debe mediar un vínculo jurídico previo, resulta necesario plantearse determinar cuál es la naturaleza jurídica de las obligaciones que emanarán para este facultativo, destacando en primer término, que dentro de la catalogación clásica de las obligaciones –dar, hacer o no hacer-, las que adquirirá el médico son principalmente las de hacer⁶⁰, debido a que el médico se obliga a realizar una determinada actividad, conforme al estado actual de la ciencia médica y en razón de las circunstancias que concurran en el caso concreto.

No obstante, téngase presente que de forma excepcional, también podrá contraer algunas obligaciones de no hacer, como serían las derivadas de su deber de guardar el secreto⁶¹, en incluso como algunos autores ponen de manifiesto, en algún caso, la obligación contraída por ciertos facultativos podría ser de dar.

obviamente, entra dentro de lo previsible. Es que también puede ocurrir –y ocurre- que habiéndose respetado escrupulosamente las reglas de la “lex artis”, habiéndose actuado con arreglo a los protocolos establecidos, habiendo funcionado perfectamente el instrumental y demás medios materiales, y siendo diligente, eficaz y eficiente la actuación del equipo médico actuante, puede fracasar –total o parcialmente- el acto sanitario realizado. [...]. En definitiva: operar sobre el viviente humano, no es trabajar sobre la materia inerte (madera, metal... e, incluso, sobre el cuerpo humano muerto, o sea, sobre un cadáver, en el caso de la autopsia). [...]. Por más paradójico que parezca, es un hecho innegable que quien se somete a una intervención quirúrgica pone en riesgo su vida, porque en todo acto sanitario, y en particular en los de ese tipo hay siempre un componente de azar. Y por eso, para quedar libre de responsabilidad por los eventuales daños que pueda sufrir el paciente con ocasión –que no por causa- del acto médico, la Administración pública sanitaria ha de obtener previamente el consentimiento informado del paciente».

⁶⁰ Así, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís (en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 2008, 6.ª ed., p. 280), precisa que «esta distinción debe ser situada dentro de las obligaciones de hacer, debido a que en las obligaciones de medios, de simple actividad o diligencia, el deudor únicamente compromete su esfuerzo y, por tanto, cumple cuando éste ha sido desarrollado, mientras que en las obligaciones de resultado el deudor no compromete su actividad, sino también el resultado que ha de obtenerse con ella, de ahí que si existe actividad pero no resultado, habrá verdadero y propio incumplimiento. En el supuesto del médico que comprometió a desplegar su actividad profesional, no se podrá decir que haya incumplido su obligación si el paciente no sana o, incluso si fallece, ya que él no había prometido la curación del enfermo, ni siquiera su mejoría sino únicamente administrarle una serie de cuidados de acuerdo con una técnica científica y profesional».

⁶¹ Vid., LÓPEZ MESA, Marcelo: «Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado», en *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad penal, civil y hospitalaria*, (dir.), LÓPEZ MESA, Ed. Legis, Buenos Aires, 2007, p. 114.

Así, De ÁNGEL YÁGÜEZ precisa que: «*Trasladado esto al terreno de la actividad profesional del médico, me parece que el verdadero campo en el que podría aplicarse con rigor la calificación de arrendamiento de obra, con su ingrediente de resultado, es el de aquellas especialidades en las que el facultativo se compromete –siendo, pues, objeto del contrato– es (también) una cosa corporal. Es decir, un genuino resultado constituido por una “realidad física”. Pienso, por ejemplo, en la prestación comprometida por el radiólogo (entregar al paciente la “placa” de rayos X, o de resonancia magnética, o de ecografía) o en la del analista (entregar la hoja de resultados de los análisis practicados al paciente). En ambos casos, existiendo como existe una evidente prestación implícita de hacer, la que determina el cumplimiento de las obligaciones del profesional es la de dar, esto es, la de entrega del resultado físico. Por eso, por el objetivo incumplir, el facultativo no puede pretender la contraprestación si esa entrega no se ha producido*»⁶².

Por otra parte, conviene precisar que en atención a la naturaleza jurídica de la prestación, las obligaciones se diferencian entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Distinción que aunque ha sido asumida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, lo cierto es que la problemática teórico-práctica que plantea y su inexistencia de regulación legal expresa ha originado una aceptación desigual en la doctrina y controvertida en la jurisprudencia emitida por el TS⁶³.

Por cuanto atañe a esta distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, conviene precisar que en otros ordenamientos jurídicos próximos al nuestro, ni ha originado discrepancia doctrinal⁶⁴ ni

⁶² El “resultado” en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?, en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso*, (coord.), LLAMAS POMBO, T. I, Ed. La Ley, Madrid, 2006, pp. 441 a 445.

⁶³ *Vid.*, BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «Obligaciones de medios y obligaciones de resultados: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 55 a 74.

⁶⁴ Dentro de la doctrina italiana, *vid.*, entre otros: VISITINI, Giovanna: *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979, pp. 25 y ss.; ID: *La responsabilità contrattuale per incumplimiento per fatto degli auxiliari*, Padova, 1965, pp. 25 y ss.; BETTI, Emilio: «Sui limiti giuridice della responsabilità aquiliana», in *NRDComm*, I, 1951, p. 145. En Francia, entre otros, destacan: TUNC, André: «Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza», in *NRDComm*, 1947-1948, p. 149; MAZEAUD, Henri: «Essai de

jurisprudencial⁶⁵ alguna, debido a la regulación explícita que presenta esta distinción en sus textos legales.

Así en la actualidad el BGB alemán⁶⁶ distingue entre los contratos de servicios en los que se deben prestar los servicios, pero no se garantiza el resultado, de un contrato de obra en el que debe alcanzarse un resultado específico –distinción que no es asumida por el *Common Law*–.

También, esta distinción ha sido contemplada por el Código civil italiano⁶⁷, así en el caso italiano, la doctrina mayoritaria⁶⁸ ha entendido que la obligación del médico es una obligación de medios en supuestos normales de intervención del profesional en medicina y, en el orden jurisprudencial⁶⁹ o se ha indicado de forma específica que la obligación del médico es de medios o se ha señalado que el médico carece de responsabilidad frente a la falta de curación del paciente salvo que sea por motivos a él imputables. En la misma línea, se ha pronunciado la doctrina⁷⁰ y la jurisprudencia

classification de obligations: obligations contractuelles et excontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», en *RTDC*, Vol. 35, 1936, p. 235.

⁶⁵ En Italia, entre otras, *vid.*, App. Venecia, 26 julio 1956; App., Napoli, 1 julio 1972. En Francia, *vid.*, las decisiones de Paris, de 7 de junio de 1963 [D. 1964.43]; Paris, de 4 noviembre 1963 [D. 1964.13] y Cass., civ., sent. I, 26 enero 1970 [D. 1970.87].

⁶⁶ En este sentido, prevé el «§ 631 Vertragstypische Pflichten beim Werkvertrag: (1) *Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein*».

⁶⁷ «Articolo 1655 Nozione . *L'appalto (2222 e seguenti) è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*» y, «Articolo 2222 Contratto d'opera. *Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo (1351) un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo Capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel Libro IV (1655 e seguenti)*».

⁶⁸ *Vid.*, representada por CARTA, Aldo: *Responsabilità civile del medico*, Roma, 1967, pp. 43 y ss. y, PRINCIGALLI, Anna: *La responsabilità del medico*, Ed. Jovene, Napoli, 1983, p. 37.

⁶⁹ Así, Cass. Civ., sent. Venecia, 26 julio 1956, según la cual: «[...] *i sanitari sono tenuti ad usare la diligenza della professione nella cura dell'am malato e nell'approntamento dei mezzi chirurgici, idonei al conseguimento del risultato*». En idéntico sentido, Cass., civ., sent. 28 abril 1961.

⁷⁰ *Vid.*, entre otros, BOYER, Chamard y MONZEIN, Paul: *La responsabilité médicale*, Paris, 1974, pp. 81 y ss; SAVATIER, Rene; AUBY, Jean Marie y, PEGUINOT. Henri: *Traité de Droit Médical*, Paris, 1956, p. 31; KORNPROBST, Louis: *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, Ed. Fammarion, Paris, 1957, p. 132; MAZEAUD, Henri y LÉON ET

francesa⁷¹. Mientras que, el CC portugués⁷² ha realizado una distinción entre los contratos de servicios y de obra, pero con connotaciones que no permiten la equiparación automática con las obligaciones de medios y de resultado. Así, en su artículo 1154 se refiere al contrato de prestación de servicios que incluye como modalidad de servicios a los contratos de obra previstos en el precepto 1207, que contiene una obligación de resultados.

1. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADOS

Partiendo de las premisas anteriores, se suscita la cuestión de determinar cuál es el tipo de obligación de hacer que este facultativo debe contraer.

En este sentido, es de suma importancia la clasificación introducida por DEMOGUE⁷³ a principios del siglo pasado, que distingue entre “obligaciones de medio” (en singular) y “obligaciones de resultado” y, que con posterioridad, sería sustituida por los hermanos MAZEAUD⁷⁴ dando una

TUNC, André: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, I, Montchrestien, Paris, 1970, 6.ª ed., pp. 575 y ss.

⁷¹ *Vid.*, cabe destacar, entre otras, Cass., civ., sent. 20 mayo 1936; Cass., civ., sent. I, 29 octubre 1968; Cass., civ., sent. I, 27 mayo 1970; Cass., civ., sent. I, 04 enero 1974; Cass., civ., sent. I, 08 enero 1975.

⁷² «art. 1154 (Noção). *Contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*» y, «art. 1207 - *Noção Empreitada é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação a outra a realizar certa obra, mediante um preço*».

⁷³ El citado autor (en *Traité des obligations en général*, T. V, Ed. Arthur Rousseau, Paris, 1925, pp. 538 y 540) precisa que: «*L'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut-être une obligation de résultat ou una obligation de moyen [...]. Le medecin ne promet pas la guérison à forfait, il promet ses soins. A-t-on pensé à déclarer responsable tout mèdecin dont le client meurt, sauf au mèdecin à prouver la forcé majeure? [...]*». Y, también *vid.*, DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général*, T. VI, Ed. Arthur Rousseau, Paris, 1931, núm. 599. Seguían hablando de “obligaciones de medio”, entre otros, MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil. Les obligations*, T. II, Vol 1, Paris, 1962, 1.ª ed., p. 503, aunque será con posterioridad en la 2ª ed., cuando estos autores opten por la distinción entre “obligaciones de medios” (en plural) y “obligaciones de resultado” como hace la mayoría de la doctrina (*Droit Civil. Les obligations*, T. II, Vol 1, Paris, 1988, 2.ª ed., p. 659). En España, se ha utilizado por el singular, “obligaciones de medio”, entre otros, por: GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, p. 252.

⁷⁴ *Op. cit.*, pp. 113 a 119. Por su parte, TUNC, André (*op. cit.*, pp. 126 a 145), propuso calificarlas como “obligaciones de resultado” y “obligaciones de diligencia” o de “pura diligencia, aproximándose a la propuesta de los hermanos MAZEAUD. Así, SAVATIER, Rene; AUBY, Jean-Marie y PEQUIGNOT, Henry (en *La théorie des obligations en droit privé économique*, Paris, 1979, 4.ª ed., pp. 188 y ss.) adoptan una terminología muy parecida, al

distinción en «summa divisio» de las obligaciones, por “obligaciones determinadas” y “obligaciones generales de prudencia y diligencia”⁷⁵, debido al hecho de que la terminología propuesta por DEMOGUE, les parece «*un poco sibilina*»⁷⁶.

Esta distinción -realizada por DEMOGUE- asentada en la teoría general de la obligación⁷⁷ y presente en todas las obras de carácter general⁷⁸, configura, de una parte, la “obligación de medios o de actividad” como aquella en la que el deudor se compromete a emplear la diligencia adecuada para satisfacer al acreedor, no garantizándose la obtención de un determinado resultado y, de otra, establece la “obligación de resultados” como aquella otra en la que el deudor se obliga a obtener un resultado específico.

Respecto a esta distinción JORDANO FRAGA precisa como formulación más sintética del significado de ésta que: «*En la obligación de resultado, el*

hablar de “obligaciones de resultado” y “obligaciones de cuidados” (de soins). En este sentido, LOBATO GÓMEZ, J. Miguel (en «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», en *ADC*, T. XLV, Fasc. II, 1992, pp. 651 a 734), precisa que esta clasificación no puede ser considerada la «summa divisio» de las obligaciones, ni con ella se puede responder a todos los problemas que implica el estudio de las obligaciones, ni ser aplicada mecánicamente y «a priori» por categorías de contratos, pero lejos de ser una pura “vanidad escolástica”, sirve para justificar en empleo de dos sistemas diferentes en la determinación del objeto de la obligación y de la prueba del hecho generador de la responsabilidad contractual y su respectivo ámbito de aplicación, lo que tampoco impide, obviamente, la admisión de variantes y matices dentro de cada una de las dos categorías en estudio.

⁷⁵ En este sentido, LLAMAS POMBO entiende que «*si bien la diligencia viene impuesta también en las obligaciones de resultado, en las de medios, el deudor se compromete de forma exclusiva y precisa a obrar diligentemente para conseguir el resultado*» (*op. cit.*, pp. 70 y 71). Por su parte, CARTA precisa que «*no obstante, esta última idea puede no ser un mero cambio en la terminología de la distinción, debido a que mientras una obligación de medios puede interpretarse como de resultado, al constituir en cierto modo, un resultado la portación de los medios, no puede decirse lo mismo en las obligaciones de prudencia y diligencia, en las cuales se pone el acento en el elemento subjetivo intencional de la diligencia y no en las manifestaciones objetivas de una actividad*» (*op. cit.*, pp. 66 y 67). De ahí que el dualismo entre unas y otras no pueda calcarse con la división efectuada por DEMOGUE.

⁷⁶ *Vid.*, MAZEAUD y LÉON ET TUNC, *op. cit.*, p. 127 y, MAZEAUD, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷ Así, JORDANO FRAGA, Francisco: *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987; ID: «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», en *ADC*, Vol. 44, núm. 1, 1991, pp. 5 a 96 y, *vid.*, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 5 y ss.

⁷⁸ *Vid.*, LASARTE, ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho III. Derecho de Obligaciones y Contratos*, T. III, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, 19.ª ed., p. 43.

deudor no se obliga solamente a desplegar una simple actividad diligente con vistas a la consecución de un determinado resultado, sino que es precisamente el logro de ese concreto resultado –opus: una determinada alteración de la realidad física o jurídica preexistente a la consecución del vínculo obligatorio- el que se constituye en contenido de la prestación del deudor, en lo debido por éste. Mientras que cuando se trata de prestaciones de actividad o de medios, el contenido de la prestación del deudor del “facere” se agota en el simple despliegue o desarrollo de una actividad o conducta diligente –diligencia que puede ser técnico-profesional o común-, sin que se integre en el contenido de la prestación del deudor –en lo debido por éste- el logro o consecución del fin o resultado al que tal actividad o conducta está, desde luego teológicamente enderezada»⁷⁹.

Por su parte, PENNEAU⁸⁰ afirma que las obligaciones de medios no comprometen la responsabilidad del deudor, salvo que el acreedor pruebe su culpa, mientras que las obligaciones de resultado comprometen la responsabilidad de éste por el mero hecho de la no obtención del resultado, sin necesidad de probar culpa alguna.

En este sentido, la doctrina mayoritaria⁸¹ prevé que dicha distinción cobra una especial relevancia en el caso de la responsabilidad de los profesionales liberales y, plantea que, por regla general, la obligación asumida por éstos y, en especial, los médicos, es de medios. En este sentido, para BONIFACIO⁸², la obligación del profesional de la medicina es una

⁷⁹«Obligaciones de medios..., *op. cit.*, p. 7.

⁸⁰*La responsabilité médicale*, Ed. Sirey, Paris, 1977, p. 9.

⁸¹*Vid.*, en este sentido, entre otros, LLAMAS VALBUENA, Eugenio: «La llamada culpa médica. Doctrina general y especialidades problemáticas», en *Estudios jurídicos*, Ministerio Fiscal, núm. 2, 2002, pp. 495 y ss.; GARCÍA GARNICA, *Aspectos básicos...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; BELLO JANEIRO, Domingo: La responsabilidad sanitaria, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, (coord.), BELLO JANEIRO, Ed. Reus, Madrid, 2009, p. 204; Díez Pícazo y Ponce de León, Luís y Gullón Ballesteros, Antonio: *Sistema de derecho civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, 9.ª ed., pp. 71 y 135; GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 73 y ss.; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y Gil Rodríguez Jacinto: *Manual de derecho civil: Derecho de Obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Vol. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, 3.ª ed., p. 78; SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, 7.ª ed., pp. 196 y ss. Por el contrario, *vid.*, JORDANO FRAGA, «Obligaciones de medios..., *op. cit.*, pp. 5 a 96 y, CABANILLAS SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 45 a 48.

⁸²*Riflessioni concettuali e pratiche sull'applicazione dell'art. 2236 CC in la responsabilità medica in ambito civile*, Ed. Giuffrè, Milán, 1989, pp. 267 a 278.

obligación de medios, en la que la especial dificultad puede, ya directa ya indirectamente, influir sobre el grado de diligencia a exigir.

No obstante, a lo anterior no han faltado voces discrepantes. Así, entre otros, ATAZ LÓPEZ entiende que *«la obligación no puede ser nunca de medios, ya que cuando el acreedor realiza un contrato no lo hace para determinar al deudor a una cierta actividad como si estuviera deseoso de deleitarse con los esfuerzos de éste, sino solamente para obtener del causante un resultado del que tiene necesidad, y así el resultado es el objeto real de toda la obligación»*⁸³. Su explicación radica como LORENZETTI⁸⁴ precisa en la idea de proteger al profesional de las demandas de sus pacientes, imponiendo el “*onus probandi*” al demandante.

Por su parte, y partiendo de la premisa de que la opinión mayoritaria es partidaria de que la obligación del médico, es una obligación de medios, LLAMAS POMBO entiende que *«toda actividad médica per se conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios»*⁸⁵. Y añade que en caso de *«fracaso en el tratamiento,*

⁸³ *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, p. 169. En idéntico sentido, Marton (en «Obligations de résultat et obligations de moyens», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1935, pp. 510 y 511) precisa que: *«El acreedor cuando celebra un contrato, no lo hace para obligar al deudor a una cierta actividad (asiduidad o diligencia), como si estuviera deseoso de deleitarse con los esfuerzos del mismo, sino solo para obtener de la otra parte contratante un resultado económico del cual tiene necesidad por su propia actividad económica o por su vida privada, y para lo que precisamente él asume una contraprestación apropiada, otro resultado económico determinado»*. De esta forma el autor, entiende que siempre se pactan resultados, puesto que en ningún contrato el acreedor verá satisfechas sus expectativas con la simple diligencia del obligado, si tales desvelos no llevan a una solución jurídicamente provechosa (*op. cit.*, p. 515). Asimismo, conviene tener presente que sigue la tesis de Hartmann: *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875, pp. 31 y ss. También, Wiggy (en «Responsabilité contractuelle et forcé majeure», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1944, p. 19) indica que *«la teoría de las obligaciones de resultado conviene al espíritu de los negocios, porque todo el que contrata calcula y controla sus posibilidades teniendo en cuenta sus propias conveniencias. Tan recíproca es la prestación y la contraprestación que implícitamente cada parte asume la pérdida que le ocasiona el convenio celebrado libre y espontáneamente, porque está en su capacidad prever las contingencias. El contrato debe presentar un obstáculo que impida al deudor cumplir. Debe ser invencible para toda persona puesta en su lugar. No hay entre lo difícil y lo imposible ningún punto común; lo más difícil es siempre posible mediante un esfuerzo más»*.

⁸⁴ *La responsabilidad civil de los médicos*, Ed. Rubinzal-Cuzoni, Santa Fe, 1986, p. 109.

⁸⁵ *Op. cit.*, p. 73.

todo lo que puede exigirse al médico es que demuestre la adecuación de los medios empleados en el tratamiento, pero nunca su total diligencia, lo cual viene además avalado por las dificultades de orden probatorio que tal exigencia supondría»⁸⁶.

Desde el punto de vista jurisprudencial, dicha distinción⁸⁷ –donde se diferencian ambos tipos de obligaciones- podría decirse que apareció por primera vez en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de mayo de 1986*⁸⁸, y sería replicada con posterioridad en numerosas sentencias⁸⁹. En la mencionada Sentencia -relativa a una operación

⁸⁶Ibidem, *op. cit.*, p. 73. En idéntico sentido, *vid.*, ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 170 y 171. También, SAVATIER, AUBY Y PEQUINOT son tajantes en este sentido, al afirmar que «*c'est au malade qu'il incombe toujours de prouver, s'il se plaint, la mauvaise qualité de ses soins*» (*Traité de Droit...*, *op. cit.*, 1956, p. 237).

⁸⁷ Asimismo, conviene recordar que, en la STS, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 1950 –ponente CHARRÍN Y MARTÍN-VEÑA- ya se hizo referencia a la diferencia entre el contrato de obra y el contrato de arrendamiento de servicios médicos, con ocasión de la demanda interpuesta por una mujer intervenida con fines estéticos y que no obtuvo el resultado buscado como consecuencia de una infección post-operatoria.

⁸⁸ [Núm. 319/1986] -ponente SANTOS BRIZ-. No obstante, conviene tener presente que la Audiencia había absuelto al médico «*por estimar que aquél procedió como un buen técnico de la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla, fuera del hacer del médico, en este caso en la conjunción de lo aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo*».

⁸⁹ En este sentido, entre otras, *vid.*, las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de julio de 1988 –ponente SERENA VELLOSO-; de 17 de julio de 1989 –ponente BURGOS PÉREZ DE ANDRADE-; de 12 de febrero de 1990 –ponente ALBACAR LÓPEZ-; de 06 de noviembre de 1990; de 12 de diciembre de 1990; de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991\2209] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ-; de 16 de abril de 1991; de 20 de febrero de 1992 [Vlex 125/1992] –ponente BURGOS PÉREZ DE ANDRADE-; de 13 de octubre de 1992 [Vlex 854/1992] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-; de 02 de febrero de 1993; de 15 de febrero de 1993 –ponente VILLAGOMEZ RODIL-; de 28 de marzo de 1993; de 15 de noviembre de 1993 –ponente MORALES MORALES-; de 29 de marzo de 1994; de 26 de septiembre de 1994; de 10 de octubre de 1994 [Vlex 873/1994] –ponente VILLAGOMEZ RODIL-; de 22 de abril de 1997 [Vlex 334/1997] –ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ-; de 27 de junio de 1997 [Vlex 2450/1993] –ponente FERNÁNDEZ-CID DE TECES-; de 21 de julio de 1997 [Vlex 688/97] –ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ-; de 16 de diciembre de 1997 [RJ 1997\8690] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-; de 06 de febrero de 2001 [Vlex 47/1996] –ponente ROMEO LORENZO-; de 10 de abril de 2001 [Vlex 264/1996] –ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA-; de 14 de mayo de 2001 y de 19 de julio de 2001 [Vlex 1581/1996] –ponente VÁZQUEZ SANDES-. En todas ellas, se pone de manifiesto que la obligación médica es habitualmente, una obligación de medios, en concreto, disponen que: “La obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o sea, no es una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia». Así, en la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de

quirúrgica con posterior infección y fallecimiento del paciente- se concedió la absolución de médico demandado, exponiendo en su considerando tercero que:

«[...] de los hechos acreditados no deriva la negligencia grave ocasionante de la muerte, puesto que dado el estado del enfermo eran posibles “toda clase de complicaciones” y el demandado recurrido desplegó su actividad profesional poniendo todos los medios de que disponía para alcanzar la curación [...]. Todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la

09 de junio de 1997 [Vlex 1950/1993] -ponente VILLAGOMEZ RODIL-, prevé que «conforme reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial, suficientemente conocida, la responsabilidad en el ámbito sanitario no lo es en función del resultado, sino de adecuación de los medios a emplear y exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención del enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de la persona, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento». Un detallado análisis de la diferencia entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, reiterando la jurisprudencia reciente, se realiza por la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de diciembre de 1997 [La Ley Juris: 310/1998] -ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ-, en los siguientes términos: «Tal y como dicen las Sentencias de 22 de abril de 1997, de 27 de junio de 1997 y, de 21 de julio de 1997, la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado –en este caso la salud del paciente-, sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación, en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación, en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actividad y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal y como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: “una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtenga”. Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico».

recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una "obligación de medios", es decir, se obliga no a curar al enfermo sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revela un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparables a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos y sobrevenido el resultado lesivo, en el caso debatido el fallecimiento, es preciso que éste no pueda atribuirse a otras circunstancias, como ocurre en el supuesto de enfermedad sometida, según la prueba pericial, a toda clase de complicaciones»⁹⁰.

Como se ha dicho, esta doctrina ha sido repetida en numerosas sentencias, inspiradas sobre todo por la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de febrero de 1990*⁹¹ que señala:

«[...] que el médico no se obliga a obtener en todo caso su curación, sino a poner en su actuación toda la actividad y diligencia que deriva de su preparación científica y práctica».

Sin embargo, conviene tener presente como GALÁN CORTÉS precisa que *«no sirve para quitar validez a esta distinción, pero sí para matizarla, el hecho de que en cualquier obligación de actividad existan resultados parciales exigibles, que se dan cita con deberes, también fragmentarios, de actividad, cuya existencia no altera la naturaleza de la obligación global,*

⁹⁰ El supuesto de hecho fue el siguiente: 1.º D. Lorenzo padecía una úlcera duodenal sometida a tratamiento médico unos nueve años antes de ser operado; 2.º El demandado, observada la friabilidad que presentaba el duodeno al realizar la operación previó un fallo de sutura, por lo que hizo un doble cosido de seda y colocó un drenaje en el muñón duodenal; 3.º Posteriormente el enfermo observó complicaciones que hicieron que a los ocho días de la operación, el propio médico demandado le practicase una laparotomía en fosa iliaca izquierda, procediendo a la extracción de líquido sero-purulento que se había formado y a la colocación de un segundo drenaje; 4.º Tres días después, y visto que el enfermo empeoraba, se le trasladó a otro hospital, lo que ordenó el mismo demandado, puesto que allí existían mejores medios para tratar adecuadamente al paciente, siendo pocos días después nuevamente operado, ahora por otros médicos, y falleciendo a los dos días de esta última operación. Se desestima la pretensión indemnizatoria de la viuda al considerar que *«el demandado procedió como un buen técnico en la medicina imperante y que la causa de la muerte hay que buscarla fuera del hacer médico, en este caso en la conjunción de la aleatorio existente en la experiencia médica, del estado del órgano dañado del paciente y del siempre presente factor reaccional del enfermo».*

⁹¹ [Ponente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ].

resultando evidente que las prestaciones de medios incluyen instrumentalmente prestaciones de resultado»⁹².

En este sentido, el citado autor precisa que *«el deber médico de obtener el consentimiento del paciente, previa información sobre los riesgos habituales del tratamiento a emprender, constituye, en principio, una obligación de resultado»⁹³*. Por su parte, LLAMAS VALBUENA puntualiza que *«en la actividad del facultativo confluyen, por tanto, obligaciones de medios y de resultado, lo que, por otra parte comporta importantes consecuencias en materia de responsabilidad civil»⁹⁴*. Y, DE ÁNGEL YAGÜEZ, matiza que *«el médico no promete la curación pero se obliga a un determinado acto (una operación, una intervención) que es un resultado, instrumental si se quiere, pero apreciable en y por sí mismo»⁹⁵*.

En suma, aunque la finalidad perseguida por la actuación del facultativo es la curación del paciente, lo cierto es que dicho objeto queda fuera de la obligación del médico, debido a la imposibilidad de poder garantizarlo, siendo la pretensión de la obligación de éste una actividad de carácter diligente y acomodada a la «lex artis» y no la finalidad perseguida, puesto que se trata de una obligación de medios, a diferencia de lo que acaece en la obligación de resultados⁹⁶, en las que la pretensión se enmarca dentro del contrato.

⁹² *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 68.

⁹³ *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 68.

⁹⁴ «Doctrina general de la llamada culpa médica», en *Ponencia presentada en el Tercer Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, 14 de noviembre de 2003*.

⁹⁵ El “resultado” en la obligación..., op. cit., p. 430.

⁹⁶ Así, LOBATO GÓMEZ precisa que *«por obligaciones de resultado se entienden aquéllas en las que el deudor se obliga de forma directa e inmediata a la satisfacción del interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado pactado que integra la prestación, un resultado que está “in obligatione”. Por tanto, su cumplimiento o incumplimiento dependerán directamente de la producción o no del resultado, y en cierta medida, serán independientes del grado de diligencia que emplee el deudor en el cumplimiento de la obligación»* (op. cit., pp. 653). En similar sentido, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel (en *Configuración jurídica de los servicios médicos, Estudios de Derecho Público y Privado. Homenaje al Profesor SERRANO*, T. I, Valladolid, 1996, p. 533), matiza que *«en las obligaciones de resultado se promete la concreción final de la actividad desplegada en el resultado perseguido, es decir, en el contrato de servicios las partes pretenden obtener, simplemente, que otra persona desarrolle cierta actividad, mientras en el de obra persiguen, no estrictamente esa actividad ajena, sino su resultado»*.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de julio de 2006*⁹⁷, en su fundamento de derecho segundo, señaló que:

«Como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1101 y 1104 CC. La actividad que debe el médico a quien se reputan los necesarios conocimientos técnicos, es la de un experto profesional, que, como tal, queda obligado no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia, sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, "lex artis" o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin».

De lo anterior se desprende que el médico cumplirá con su obligación cuando desarrolle el conjunto de curas y atenciones debidas, en la fase de diagnóstico, terapéutica y recuperatoria –fases que son indudablemente exigibles a un profesional o especialista normal-. Además, también cumplirá en caso de que el paciente finalmente no cure, debido a que este resultado - es decir, la curación- es la finalidad de la prestación médica, pero innegablemente no tiene cabida en el contenido de su obligación. De forma tal que la diligencia del deudor consistirá en la prestación de una asistencia conforme a la «lex artis», la cual está encaminada a la obtención de un resultado útil de la curación del paciente, condición necesaria pero no siempre suficiente para obtener el resultado útil que, integra el interés del acreedor.

En este sentido, se ha pronunciado la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de mayo de 2006*⁹⁸, al señalar que:

«La "lex artis ad hoc", como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, no solo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las

⁹⁷ [Vlex 3442/1999] –ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA-.

⁹⁸ [Vlex 495/2006] –ponente XIOL RÍOS-.

circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias».

Para MORENO QUESADA⁹⁹ la importancia práctica de esta distinción radica según un amplio sector doctrinal, en dos aspectos: de una parte, el de la determinación del objeto exacto de la obligación asumida por el deudor y, de otra, en el establecimiento de la carga probatoria. Mientras que para otro sector doctrinal¹⁰⁰ dicha distinción entre obligaciones de medios y de resultados no incide en la carga probatoria, ya que ni se altera la distribución de los hechos a probar ni la regla de juicio, sino que únicamente comporta un diverso contenido de la carga de la prueba del hecho del incumplimiento por parte de la víctima.

En este sentido, LUNA YERGA, precisa que *«el actor deberá probar el hecho constitutivo de su pretensión, que en el caso de las pretensiones de resarcimiento es la obligación infringida, cuyo contenido será diverso en función de que la obligación se califique como de resultado –la no obtención del resultado debido- o de medios –falta de diligencia en la actividad por*

⁹⁹ «Problemática de las obligaciones de hacer», en *RDPriv*, 1976, pp. 467 a 502.

¹⁰⁰ Así, JORDANO FRAGA establece que *«la distinción entre obligaciones de medios y de resultados no sirve para la distribución de la carga de la prueba, ya que el acreedor de una obligación de resultado que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, habrá de probar: 1. La obligación que le une al deudor; 2. La infracción de tal obligación, su no cumplimiento o no exacto cumplimiento por parte del deudor; 3. Los daños que hayan derivado de esa infracción; del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que pretende la responsabilidad contractual de su deudor, deberá probar también lo anterior, siendo transcendental el incumplimiento de la obligación: que la conducta de cumplimiento del deudor no alcanzó el nivel de diligencia debido, según la obligación – esto es la culpa o negligencia del deudor-»* («Obligaciones de medios...», *op. cit.*, pp. 7 y ss.). También, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto (en *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 79 y ss.), considera que *«existe una invariabilidad de efectos en la distinción de ambos tipos de obligaciones en el terreno de la carga probatoria de la culpa, ya que en su opinión, la distinción efectuada es susceptible de ser fuertemente cuestionada, señalando las razones que le llevan a tal afirmación: en primer lugar, porque el Código civil no recoge la distinción; en segundo lugar, porque esta teoría cabría ser sostenida en sede de responsabilidad contractual, pero no cuando estemos frente a un supuesto de responsabilidad extracontractual; en tercer lugar, continua diciendo este autor, la distinción es insostenible por el propio subjetivismo y arbitrariedad a la hora de considerar un supuesto incluido en uno u otro tipo de obligación. En consecuencia, señala que, para lograr una pretensión resarcitoria frente al deudor, el acreedor deberá probar la infracción de la obligación o incumplimiento material, además de la existencia de la obligación: es en el cumplimiento de las obligaciones donde la distinción mencionada despliega todos sus efectos».*

*parte del deudor»*¹⁰¹. Sin embargo, debe tenerse presente aun a pesar de lo anterior que el mero incumplimiento no implica un daño «per se», de forma tal, que éste deberá ser probado.

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, las obligaciones de medios no comprometen la responsabilidad del deudor salvo que el acreedor pruebe su culpa, mientras que las obligaciones de resultado comprometen la responsabilidad del deudor por el mero hecho de la no obtención del resultado, sin que sea preciso probar ninguna culpa, de modo que el deudor únicamente quedará liberado de responsabilidad si logra probar la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor.

Así, MORENO QUESADA, precisa que las obligaciones de resultado son «*aquellas en las que se es deudor de un resultado que el obligado se compromete a procurar cualesquiera que sean las dificultades que pueda encontrar, le cueste lo que le cueste, siendo responsable de la no obtención del mismo, salvo que pruebe la fuerza mayor*», mientras que por obligaciones de medio, entiende «*aquella por la cual el deudor se compromete solamente a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera: no se compromete a procurarle, cueste lo que cueste, un resultado, sino a actuar diligentemente. Son obligaciones en que la diligencia misma del deudor se hace objeto de la obligación*»¹⁰².

Asimismo, téngase presente que en las obligaciones de resultado, la prueba de incumplimiento objetivo descarta el análisis de culpa, debido a que queda fuera de toda cuestión, resultando en consecuencia indiferente, de forma tal que la culpa no es carga probatoria del acreedor, sino que a éste le corresponde acreditar exclusivamente la no consecución del resultado.

En virtud de lo anterior, se observa que la cuestión se plantea, en términos de causalidad y no de culpabilidad, debido a que el deudor únicamente se verá exonerado de responsabilidad si demuestra la ruptura del nexo causal, resultando indiferente la acreditación de si obró o no con la diligencia debida.

¹⁰¹ *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria. Culpa y causalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 94 a 135.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 474.

Así, SANTOS BRIZ precisa que «*lo principal en este tipo de obligaciones es que el resultado prometido no se obtuvo, y solo la prueba por el deudor del caso fortuito o de la fuerza mayor podrá evitar su responsabilidad*»¹⁰³.

Por su parte, LUNA YERGA acertadamente precisa que «*la discusión acerca de la pretendida incidencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la carga de la prueba es estéril, pues el efecto práctico al que se llega desde las diferentes posturas es el mismo: el causante del daño deberá demostrar cualquiera de las causas que extingan su responsabilidad, de manera que en las de medios le bastará con probar su propia diligencia, y en las de resultado el caso fortuito o la fuerza mayor, para evitar su responsabilidad*»¹⁰⁴.

En este sentido, conviene recordar que la jurisprudencia del TS ha reiterado en numerosas sentencias, que el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, debido al componente aleatorio inherente a todo acto médico y por el simple factor reaccional de cada enfermo.

En este sentido, resulta esclarecedora la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de marzo de 2005*¹⁰⁵, que consideró ajustada a la «lex artis» la conducta de la médico codemandada, pues cuando la paciente fue examinada en el servicio de urgencias del Hospital Universitario de Valladolid, no presentaba un cuadro alarmante de cefaleas que aconsejara la realización de otras comprobaciones distintas a las que le fueron practicadas, lo que guarda relación con la circunstancia de que, al día siguiente de la exploración referida, el propio médico de cabecera, al que

¹⁰³ «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», en *RDPriv*, T. LXVIII, 1984, pp. 643 a 681.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 95. También, LLAMAS POMBO precisa que «*quedarse en la carga de la prueba supone no llegar al fondo de la cuestión, que no es otro que el concepto mismo de obligaciones de medios o de resultado; en efecto, como es lógico, no puede emitirse un juicio en cuanto al cumplimiento o incumplimiento de una obligación de medios, tomando como punto de referencia el resultado para cuya consecución se ponen los medios pero que no constituye el objeto de la obligación. Habrá que estar a los medios empleados y a la forma en que lo han sido. En suma, si se tiene bien claro cuándo se está en presencia de uno u otro tipo de obligación, no existirá duda en cuanto a la carga de la prueba [...]*» (*op. cit.*, p. 75).

¹⁰⁵ [Vlex 186/2005] –ponente GARCÍA VARELA–.

acudió la paciente, prescribió que fuera explorada en un servicio de neurología sin carácter de urgencia.

De lo anterior, conviene puntualizar que resulta evidente que la práctica totalidad de las intervenciones médicas, hasta la más sencilla aparentemente, entrañan riesgos ajenos a la evitabilidad humana, pese a la máxima diligencia que pueda poner el profesional médico interviniente en las mismas.

Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de abril de 1999*¹⁰⁶, precisó en su fundamento de derecho segundo que:

«Respecto a la responsabilidad médica conviene recordar la doctrina jurisprudencial muy reiterada: como dice la sentencia de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 09 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia [...], y 09 de diciembre de 1998 que expresan: “la idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación: en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de la obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación

¹⁰⁶ [R] 1999\2583] –ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ-.

*de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es preciso la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal y como se ha reiterado en numerosas sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: “una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien prestó tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independientemente de los resultados que con ello se obtengan”. Sin embargo, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, cuando éste es desproporcionado en relación de causalidad con la actividad del profesional médico».*¹⁰⁷

¹⁰⁷ En idéntico sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de abril de 2001 [Vlex 264/1996] –ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA-, valorando todas las circunstancias concurrentes, entre ellas el lugar de prestación de los servicios médicos y los medios (humanos y materiales) de que disponía el facultativo en el mismo, declara al enjuiciar la actuación del médico demandado, en su fundamento de derecho primero, que: «Efectivamente, sobre la responsabilidad profesional médica esta Sala ha constituido una doctrina ya firme y constante que determina, que la obligación del médico en general no es de resultado, sino de medios; y que en modo alguno el médico puede contraer el compromiso de curar, en todo caso, al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, ya que éste no puede garantizar, si vuelve a repetir, la curación y si el empleo de las técnicas adecuadas. El médico demandado sí utilizó las técnicas adecuadas y convenientes como se desprende del “factum” de la sentencia recurrida, extraído a través de una actuación hermenéutica normal y lógica, cuando en él se afirma que la intervención del médico demandado fue en todo caso correcta, ya que la primera asistencia efectuada estuvo dentro de los parámetros habituales para esta clase de accidentes –la introducción de cuerpos extraños metálicos en la córnea-, utilizando al efecto un líquido reactivo para examinar dicha parte ocular, extrayendo diversas partículas de óxido de hierro, sin que se observara la partícula de hierro que se había insertado a nivel retiniano y que determinó el posterior desprendimiento de retina con la consiguiente pérdida de visión. Y si no se detectó la misma, fue debido a que ello no era posible sin disponer de los medios técnicos propios de un hospital con servicios ultra-especializados en el que fue asistido más tarde, en donde y solo a través de una radiografía orbitaria se pudo detectar el cuerpo extraño que no había sido localizado por el médico demandado con la técnica que él utilizó, y que es la única que estaba a su alcance, pero que desde luego sí dio la información y antecedentes para esta última actuación hospitalaria. Con todo ello se llega a la conclusión que en la intervención del médico demandado no ha habido un componente culposo, pues como ya se sabe, según doctrina de esta Sala, el médico solo queda obligado a suministrar al paciente las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad solo se basará en una culpa incontestable, es decir, patente». Anteriormente se había pronunciado la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 22 de abril de 1997 [Vlex 334/1997] –ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ- con ocasión de una reclamación formulada por un paciente intervenido para la eliminación de las varices que presentaba en la extremidad izquierda, tras cuya práctica le quedó una secuela flebostática en el

En síntesis, nos encontramos ante un arrendamiento de servicios y no de obra, debido a que tanto la naturaleza mortal del hombre como los niveles a que llega la ciencia médica y la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de idéntica forma ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, es lo que hace que alguno de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros, impidiendo reputar al aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado -es decir, el de la curación del paciente-, que en numerosos supuestos, ni puede ni podrá conseguirse, dada la naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios a lo único que obliga el facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndose con independencia del cuál sea el resultado del tratamiento, la denominada obligación de medios.

En suma, aunque la obligación que puede exigirse al médico será con carácter general una simple obligación de medios, sin que pueda entenderse el mismo comprometido a obtener un determinado resultado, lo cierto es que en el seno de la misma se incardinan obligaciones de resultados¹⁰⁸.

No obstante, en este punto conviene precisar que la obligación de medios tiene como presupuesto la existencia de una obligación previa y esto únicamente tiene lugar en el plano contractual. Por ello que no sea muy correcto, en sentido estricto, la utilización de dicha conceptualización en el ámbito extracontractual¹⁰⁹, tal y como lo ha señalado en alguna sentencia el

citado miembro, siendo condenado el INSALUD y el facultativo interviniente, reitera idéntico argumento, en relación con la obligación del médico.

¹⁰⁸ En este sentido, LLAMAS POMBO señala que «*la obligación del médico dimanante del contrato de servicios médicos, se lleva a efecto mediante la relación de una serie de actividades o deberes jurídicos. De alguna manera se mezclan medios y fines de modo orgánico, formando un entramado en el que se delimitan con dificultad unos y otros*» (*op. cit.*, p. 77).

¹⁰⁹ Esta postura ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina, entre otros, *vid.*, ALONSO PÉREZ, María Teresa: «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)», en *ADC*, Vol. LI, núm. 2, 1998, pp. 887 a 915; ASÚA GONZÁLEZ, Clara: «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, (coord.), REGLERO CAMPOS, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, 3.ª ed., p. 1736; LUNA YERGA, *op. cit.*, pp. 93 y 94; LOBATO GÓMEZ, *op. cit.*, pp. 924 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN

TS. Sin embargo, conviene precisar que lo anterior no significa que se utilicen diferentes parámetros para medir la diligencia del profesional sanitario en el ámbito contractual y en el extracontractual¹¹⁰.

Téngase presente –como ya se ha anunciado– que la caracterización de una obligación como de medio o de resultado afectará prioritariamente a las obligaciones de hacer, originándose la determinación respecto de si el deudor se obliga a obtener un concreto resultado o, al desarrollo de una actividad diligente. De ahí que el ámbito de aplicación de dicha distinción entre obligaciones de medio o de resultado, quede circunscrita al ámbito contractual, debido primordialmente al hecho de que dicha clasificación tiene como presupuesto la existencia de una obligación previa, lo que no tiene lugar en el plano extracontractual, puesto que la obligación contractual del facultativo no debe confundirse con el deber general de no originar daño a otro, derivado ello del principio «alterum non ledere»¹¹¹.

GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen...*, *op. cit.*, pp. 80 y 81; MENGONI, Luigi: «Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi», in *RDComm*, Vol. I, 1954, pp. 313 a 315.

¹¹⁰ Así, ASÚA GONZÁLEZ precisa que *«no significa que los parámetros para medir la diligencia de los profesionales sanitarios en el ámbito contractual y extracontractual hayan de ser distintos, sino que lo que en el plano contractual es incumplimiento de la obligación preexistente, cuyo contenido se integra por la diligencia (salvo que la obligación haya sido expresamente pactada como de resultado o se pueda concluir de su propia naturaleza), en el extracontractual es siempre negligencia»* (*op. cit.*, p. 736).

¹¹¹ En este sentido, se ha pronunciado la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de julio de 1987 –ponente SANTOS BRIZ– al establecer en un supuesto de culpa extracontractual que: *«[...] en los tratamientos u operaciones quirúrgicas, aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación, sino a poner en su actuación toda la atención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y práctica»*. En similar sentido se pronunciaba otra resolución, en la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de abril de 1999 [R] 1999\2583] –ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ–, donde de forma expresa el Tribunal señalaba que: *«la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios no de resultado»*. En el caso, también, de la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 08 de septiembre de 1998 [R] 1998\7548], expresa que *«la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia [...]*». En idéntico sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de julio de 1988 –siendo ponente SERENA VELLOSO–, precisó de forma explícita que: *«La obligación, contractual o extracontractual, del médico, y más en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios; es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia»*. También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 2006 [R]

De forma tal, como GARCÍA GARNICA¹¹² precisa en caso de responsabilidad civil extracontractual, donde no existe relación jurídica preexistente entre acreedor y deudor, mal se puede considerar que se hayan

2006\1823] –ponente GARCÍA VARELA-, dispone que «la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado». En la misma línea, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de junio de 2006 [R] 2006\5554] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-, dispone que: «la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es en todo caso obtener la sanidad o recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia». En idéntico sentido, *vid.*, las SSTs, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de marzo de 2004 [R] 2004\1668] –ponente AUGER LIÑAN- y, de 14 de abril de 1999 [R] 1999\2615] –ponente SUERRA GIL DE LA CUESTA-.

¹¹²*Aspectos básicos...*, *op. cit.*, p. 40. Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997 [R] 1997\8690] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-, se afirmó por la Sala que: «no puede efectuarse reproche alguno al cirujano ni al equipo operador, por negligencia u olvido de la “lex artis” en la realización de la intervención quirúrgica propiamente dicha, por lo que en este aspecto habrá de compartirse la conclusión alcanzada por la sentencia de Instancia y, en segundo lugar, en cuanto a la reprobabilidad que obtiene la Sala como causa de la responsabilidad declarada, en su F. J. 5º, se razona que, teniendo en cuenta, era una decisión quirúrgica muy arriesgada, según el F. J. 6º, no existe en autos prueba alguna que permita deducir que tal información se hubiese efectivamente facilitado”, por lo cual, en base a esa falta de información puntual, se determina la citada responsabilidad; frente a lo que sobresale cómo la propia Sala “a quo”, en el apartado c) del F. J. 3º, literalmente hace constar que, ante la situación, evidentemente complicada, el Dr. Abelardo, optó por llevar a cabo una operación quirúrgica limitada al espacio L4-L5, para descomprimir dicho espacio y la raíz nerviosa que se hallaba comprimida, con objeto de liberar a la paciente de los dolores más importantes, solución quirúrgica que el referido cirujano propuso a la interesada y que ésta aceptó [...]». También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de abril de 1999 [R] 1999\2583] –ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ-, afirmó que: «La base jurídica, como se desprende claramente de los hechos anteriores, es la responsabilidad médica, responsabilidad que es un tipo de la llamada responsabilidad extracontractual o más bien obligación derivada de acto ilícito, cuyos elementos han sido reiterados por una copiosísima jurisprudencia, que resume la sentencia de 17 de noviembre de 1998 en los siguientes términos: toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y, también pacífica jurisprudencia exige ineludiblemente los siguientes requisitos: a) Una acción u omisión ilícita. b) La realidad y constatación de un daño causado, c) La culpabilidad, que en ciertos casos se deriva del aserto, que si ha habido daños habido culpa y d) Un nexo causal entre el primero y el segundo requisitos». Y, «Respecto a la responsabilidad médica conviene recordar la doctrina jurisprudencial muy reiterada; como dice la sentencia de 13 de octubre de 1997 y reitera la de 9 de diciembre de 1998, la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía), como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad (o de medios), no de resultado [...]». También, *vid.*, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de febrero de 1998 [R] 1998\634] –ponente MARTÍNEZ PARDO-.

frustrado las expectativas de aquél y, por tanto, que pueda calificarse la obligación del segundo como una obligación de medios o de resultado, estimándose como más acertado frente a esta eventualidad, proceder a valorar si ha existido o no negligencia del agente dañoso en el caso concreto.

En definitiva, la obligación del médico es una obligación de medios y no de resultado, puesto que el facultativo no se compromete o garantiza un resultado. Asimismo, la medicina se concibe como una ciencia axiológica de carácter relativa y, por tanto, inexacta, de forma que el facultativo únicamente se obliga a poner todos los medios adecuados y disponibles a su alcance de conformidad con el estado de la ciencia médica en ese momento, con la finalidad de obtener la recuperación del paciente, es decir, la procura de la salud.

Como ya se ha anunciado, nuestro TS también se ha acogido a la mencionada distinción clásica entre este tipo de obligaciones, evidenciando que la obligación contractual o extracontractual del médico, no es la de obtener la salud del paciente, ya que no se trata de una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, que el médico no está obligado a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que necesite según el estado de la ciencia¹¹³. De esta forma, nuestro alto Tribunal establece que las obligaciones del médico son obligaciones de medios, actividad o diligencia -tanto en resoluciones que conocen de culpa contractual como extracontractual-.

Para finalizar, y por cuanto atañe al contenido de la obligación de medios, resulta interesante traer a colación la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, Sección 1.ª, de 25 de abril de 1994*¹¹⁴, que en su fundamento de derecho tercero, estableció que:

«[...] la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en

¹¹³ Vid., MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 30 y, GONZÁLEZ MORAN, *Evolución de la responsabilidad...*, op. cit., p. 1183.

¹¹⁴ [Vlex 349/1994] -ponente ALBACAR LÓPEZ-.

que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las SSTs, de 7 de febrero y de 26 de junio de 1989; de 11 de marzo de 1991 y de 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital transcendencia que, en muchas ocasiones, reviste para 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; B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado; C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar y, D) En los supuestos de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o reparación de la dolencia».

Del texto contenido en la anterior sentencia, se contemplan que tres son los argumentos fundamentales en que se justifica la tipificación de la obligación del facultativo como una obligación de medios. Son: 1º. Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento; 2º. Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, que resulte posible, del

diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, 3º. Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar.

VI. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA

1. DEFINICIÓN DE LA ESPECIALIDAD ANESTÉSICA-REANIMADORA

En España, la especialidad de Anestesiología-Reanimación, se encuentra definida, según los criterios del Ministerio de Sanidad y Consumo, del Ministerio de Educación y Ciencia y del Consejo Nacional de Especialidades, por Resolución de 15 de julio de 1986, como:

«La Anestesia-Reanimación es una especialidad médica que engloba un conjunto de conocimientos científicos y de técnicas propias, en virtud de los cuales está plenamente capacitada para que sean de su competencia los siguientes quehaceres y cometidos: A) Emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer al paciente insensible al dolor y protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, exploraciones diagnósticas, partos eutócicos o distócicos, evacuaciones y transportes y/o en otras situaciones que así lo aconsejaran; B) Mantener las funciones vitales en condiciones óptimas antes, durante y/o después de cualquiera de las situaciones arriba citadas; C) Reanimar cualquier tipo de pacientes, médicos o quirúrgicos, a los que muy diversas clases de situaciones patológicas hayan conducido hasta la situación crítica, en la que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva adecuada, hasta que se considere superado dicho estado crítico (comatosos, cardiorrespiratorios, poli traumatizados, shockados, intoxicados, [...]); D) Abolir y/o controlar el dolor, sea cual fuere su etiología en pacientes que, tras un diagnóstico correcto y exhaustivo, no sean susceptibles de otros tratamientos médicos o quirúrgicos capaces de resolver las causas que originan dicho dolor; E) Aplicar métodos y técnicas inherentes a esta especialidad, tales como

ventilación artificial, oxigenoterapia hiperbárica, reequilibración hemodinámica, electrolítica, metabólica, o de la situación ácido-base, [...] y, F) Organizar y sistematizar la reanimación, evacuación, transporte y asistencia de accidentados, o de pacientes en situación crítica de toda índole, por vía aérea, terrestre o marítima, con arreglo a las normas internacionales vigentes».

De lo anterior, resulta evidente que la obligación del anestesista-reanimador es de medios, debido a que su parcela de actuación –como toda la medicina en términos generales- es inexacta, puesto que en ella intervienen elementos extraños de difícil previsibilidad, que pueden dar origen a errores de diversa naturaleza.

En este sentido, en particular la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 14 de febrero de 1991*¹¹⁵ en su fundamento de derecho segundo, precisa que:

«La Medicina es una ciencia inexacta, con un plus de exposición y peligrosidad, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones [...], la conducta de los técnicos sanitarios ha de entenderse en su justa valoración habida cuenta de que se trata de una de las actividades humanas que más riesgo puede originar y proyectar al incidir directamente sobre la salud y la vida de las personas, [...]».

De lo anterior, se desprende como GALÁN CORTÉS¹¹⁶ precisa que si se exigiese al anestesista, como a cualquier otro médico, un resultado, sería tanto como enmarcar su actuación y, en consecuencia, la medicina en coordenadas divinales.

En lo que se refiere a esta materia, la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de febrero de 1990*¹¹⁷ en su fundamento de derecho sexto, puntualiza que:

¹¹⁵ [Ponente VEGA RUÍZ].

¹¹⁶«Responsabilidad civil y penal del médico anestesista», en *La Ley*, núm. 1, 1995, p. 1055.

¹¹⁷ [Ponente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ].

«La exigencia de una responsabilidad objetiva en el actuar médico y concretamente en las intervenciones quirúrgicas, es decir, el responsabilizarle como consecuencia de su simple actuar profesional, sin consideración alguna de si su actuar fue correcto por plena y absoluta adaptación a los medios de curación posibles a emplear, supondría tanto como cercenar su actuación, puesto que lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general, ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente, o sea, con plena adaptación a los medios y técnicas a emplear, el resultado favorable no llegara a obtenerse».

Conviene puntualizar que al médico-anestesista la diligencia exigible en su actuar profesional deberá acomodarse a lo previsto por el artículo 1104¹¹⁸ CC, con la significación de que su actuación ha de encontrarse presidida por la diligencia derivada de su especialización de conocimientos, de forma tal que la diligencia exigible prevista por el artículo 1103¹¹⁹ CC no será la del común individuo lego en la materia, sino la profesional que las circunstancias exijan¹²⁰.

Por tanto, resulta incuestionable que la obligación del médico-anestesista se trata de una obligación de medios, debiendo precisarse como indica la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de abril de 1994*¹²¹, en su fundamento de derecho tercero que:

«Dada la vital transcendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe requerirse la diligencia que el Derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo».

¹¹⁸ Reza el precepto: *«La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia».*

¹¹⁹ El artículo, establece que: *«La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos».*

¹²⁰ Así, GALÁN CORTÉS, «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 1055.

¹²¹ [Vlex 349/1994] –ponente ALBÁCAR LÓPEZ-.

2. LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS DEL MÉDICO ANESTESISTA: SU ACTIVIDAD MEDIAL

Consiguientemente con lo dicho en líneas precedentes y, al contrastar lo que la obligación de medios comprende en correlación con el contenido de la «lex artis» del médico-anestésista, se puede puntualizar que la actividad de este especialista queda circunscrita dentro de las obligaciones de medio. Además esta afirmación tiene su apoyo en la jurisprudencia¹²².

En este sentido, y por lo que al contenido de la obligación de medios, se refiere la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 04 de mayo de 2005*¹²³, en su fundamento de derecho sexto, expone que:

«Resumidamente esta obligación de medios comprende: a) la utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto, lo que comprende la realización de todas las pruebas que sean necesarias para efectuar un diagnóstico preciso y fiable de su padecimiento en aras de la elección del tratamiento sanitario más adecuado y eficaz; b) la información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas. Este deber de información en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; c) la continuidad del tratamiento hasta el alta evitando los riesgos de su abandono; d) La no aplicación en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general de la jurisprudencia de responsabilidad objetiva, ni la de la creación del riesgo, sin que proceda tampoco la presunción de culpabilidad que supone la inversión de la carga

¹²² Así, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de junio de 2001 [R] 2001\3878] –ponente MARÍN CASTÁN-, precisa que: *«Abordando ahora la revisión del juicio de valor sobre la culpa o negligencia del médico anestesista demandado, debe tomarse como punto de partida la jurisprudencia de esta Sala que, partiendo del carácter de obligación de medios y no de resultados de la medicina curativa, descarta cualquier objetivación de la responsabilidad y también, aunque no sin excepciones en algunas recientes sentencias, la inversión de la carga de la prueba (SSTS 20 y 23-3-01, en recursos 567 y 954/96, como más recientes entre las representativas de la línea tradicional o mayoritaria). Desde esta perspectiva podría sostenerse que el juicio de valor del tribunal de apelación, a la vista de las aclaraciones del perito al ratificar su informe, se corresponde con la doctrina de esta Sala»*. También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de febrero de 2002 [R] 2002\1593] –ponente MARÍN CASTÁN-, declaró que la obligación del médico anestesista es de medios.

¹²³ [AC 2005/1206] –ponente GRACIA VIDAL-.

de la prueba, favorecedora de la posición del perjudicado, correspondiendo por tanto la obligación de probar la culpabilidad del médico al paciente que la alega, salvo la existencia de indicios muy cualificados por anormales que pongan de manifiesto la desproporción del mal resultado con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, que inductivamente revela la penuria negligente de los medios empleados o el descuido en su conveniente y temporánea utilización; e) la no imputación en función de un simple error científico de diagnóstico equivocado, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulte de extrema gravedad, o no se hayan agotado las pruebas o utilizados los medios adecuados y usuales, según el supuesto de que se trate, para obtenerlo en condiciones razonables de fiabilidad; f) la no exigencia al facultativo, como elemento constitutivo de la diligencia adecuada, de una pericia extraordinaria o una cualificada especialización, salvo que la naturaleza del previo diagnóstico realizado así lo demande del facultativo. Y, g) la distinta naturaleza de la responsabilidad del Centro Hospitalario que adquiere un marcado carácter objetivo y se configura como directa y solidaria con cuantos interviene en el acto médico, dada la especial naturaleza y el carácter vital del objeto de su actividad, que le impone el deber de elegir cuidadosamente y vigilar a los profesionales sanitarios, dotar a los respectivos servicios de los recursos humanos y de los medios técnicos instrumentales necesarios para la eficaz obtención del fin asistencial perseguido, y conseguir las condiciones precisas de eficacia y seguridad».

De donde se desprende que este facultativo, con el mero recurso de la anestesia, es decir, con el mero ejercicio de su actividad, ni está obligado a curar ni puede hacerlo. Si bien, así, GONZÁLEZ MORAN precisa que *«la obligación del anestesista reanimador es de medios porque la más estricta fidelidad en el cumplimiento de la <lex artis> anesthesiológica no garantiza el resultado ni la eliminación de riesgos y complicaciones»*¹²⁴.

Asimismo, ciñéndonos al estricto cumplimiento de la <lex artis> por parte del anestesista podemos observar, como se desprende de la *Sentencia*

¹²⁴ *Evolución de la responsabilidad...*, op. cit., p. 1179. También, GALÁN CORTÉS precisa que *«el anestesista que actúa en una intervención quirúrgica para evitar el dolor y movimientos al paciente no se ha comprometido a la curación del paciente, su actividad es media»* (*Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 31).

de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 17 de diciembre de 1999¹²⁵, en su fundamento de derecho primero, que:

«Se centra en anestesiar debidamente al paciente y lograr su adecuada reanimación en el post-operatorio, siendo su actividad medial, prestando su conocimiento y técnica para la realización de una intervención quirúrgica que realizará otro profesional».

También, GALÁN CORTÉS puntualiza que *«la obligación del anestesista no es la de curar, sino la de anestesiar debidamente al paciente y lograr su adecuada reanimación en el post-operatoto»*¹²⁶.

Por su parte, GONZÁLEZ MORAN prevé que *«al anestesista no puede pedírsele un resultado cerrado e irreprochable de su quehacer más genuinamente específico como es la atención anestésica en las intervenciones quirúrgicas, sino que debe exigírsele la aplicación de forma técnicamente correcta y adecuada en sus proporciones de las sustancias anestésicas, teniendo en cuenta las necesidades y circunstancias del paciente concreto. Es decir, que al anestesista no puede reprochársele que el paciente haya sufrido una parada cardio-respiratoria, sino que estuviera a su lado para ayudarle en el trance»*¹²⁷.

En síntesis, en lo que se refiere a la actividad anestésica y reanimadora, de conformidad con la exigencia prevista por la *«lex artis ad hoc»*, la obligación del anestesista –por ser de medio- queda circunscrita a proporcionar al enfermo todos los cuidados que requiere, según el estado de la Ciencia.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de marzo de 1991*¹²⁸, en su fundamento de derecho tercero, establece que:

«La obligación contractual o extracontractual del médico, más en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la

¹²⁵ [AC 1999/7457] –ponente GARCÍA DE ANDONI JONQUERA-.

¹²⁶ *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 30.

¹²⁷ *Evolución de la responsabilidad...*, op. cit., p. 1178.

¹²⁸ [R] 1991\2209] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ-.

recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios; es decir, está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requieren según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala en daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico [...]».

También, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 05 de abril de 2000*¹²⁹, en su fundamento de derecho tercero, prevé que:

«[...] en este amito de responsabilidad civil en la prestación de asistencia sanitaria la obligación contractual o extracontractual del médico, y en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, como obligación de resultado, sino más bien la de medios, es decir, está obligado a proporcionar o poner a disposición del enfermo todos los medios materiales de que dispone así como a prever, de forma anticipada, las posibles complicaciones y evolución de la patología que trata de curar, todo ello obviamente según el estado de la ciencia y los medios de que disponga, que es en definitiva lo que exige "la lex artis ad hoc". Consecuencia de ello es que queda descartada cualquier idea de responsabilidad más o menos objetiva o por riesgo».

En consecuencia, tal y como han puesto de manifiesto numerosas Sentencias del TS, la función del anestesista *«no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y propiciar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito»*¹³⁰.

¹²⁹ [AC 2000/1508] –ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO–.

¹³⁰ En esta línea, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de diciembre de 1998 [La Ley Juris: 306/1999] –ponente VILLAGÓMEZ RODÍL–, en su fundamento de derecho cuarto, expresó que: *«La responsabilidad civil de los anestesistas se exige cuando estos no son rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de esta especialidad médica, cuya*

No obstante a lo anterior, conviene precisar como expone la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993*¹³¹, en su fundamento de derecho octavo, que:

«Cumplir con el deber de facilitar medios para propiciar estados insensibles, reclama, a su vez, que el anestesista tenga a su disposición, para su aplicación en tiempo óptimo, todos los medios que, según las circunstancias de tiempo y lugar, permitan cumplir sus deberes profesionales con las mayores garantías de éxito».

Por tanto, en la obligación de medio se deberá actuar de conformidad con la «lex artis» y, en consecuencia con lo anterior, esto será lo único que podrá reclamarse en la mayoría de las actuaciones médicas.

Asimismo, en estas actuaciones médicas la «lex artis» será medio y resultado, de forma tal que en estos supuestos al facultativo el único resultado factible de exigencia quedará circunscrito en poner los medios, es decir, a actuar de conformidad a la «lex artis». Mientras que en aquellos otros supuestos en los que la obligación médica tenga o pueda tener la consideración de resultado, la «lex artis» se encontrará orientada a la obtención de dicho resultado, y por tanto, la actuación conforme a la «lex artis» no será el resultado exigible, sino el medio para alcanzar el resultado¹³².

En esta materia, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 29 de noviembre de 2005*¹³³, en su fundamento de derecho primero, estableció que:

funcionalidad no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y propiciar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito, y entre estos resulta imprescindible en todo momento la oxigenación, ventilación y circulación del paciente». También, en idéntico sentido se ha pronunciado la SAP de Alicante, Sección 4.ª, de 16 de junio de 2000 [La Ley Juris: BD183270/2001] –ponente MARTÍNEZ ATIENZA–.

¹³¹ [R] 1993\2545] –ponente GONZÁLEZ POVEDA–.

¹³² *Vid.*, en este sentido las aportaciones de SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 109 a 113.

¹³³ [La Ley Juris: BD613084/2006] –ponente PAUMARD COLLADO–.

«Mientras que en la medicina curativa el médico, en tanto deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta (lex artis), en la medicina satisfactiva el médico se obliga a un resultado, ejecutando la prestación bajo su propio riesgo, de forma que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado, de modo y manera que, además de ser exigible la utilización de los medios idóneos a tal fin, se requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado».

En suma, aunque la actividad del médico-anestesiista es medial, lo cierto es que ello no significa que su obligación sea siempre de medio, es decir, poner los medios para anestesiatar y reanimar –no para curar-, sino que también tiene cabida su actuación medial, en caso de que otro profesional realice otra actividad médica.

En este sentido, LLAMAS POMBO precisa que *«la circunstancia de que la anestesia nunca suponga un fin en sí mismo, sino un medio necesario para la realización de otros actos médicos, produce la lógica consecuencia de que el anestesiólogo-reanimador desempeña buena parte de sus actividades al lado de otros especialistas, y muy particularmente, del cirujano. Ello plantea el problema de reparto o distribución de la responsabilidad del anestesiista, respecto del resto de profesionales que forman parte del equipo»*¹³⁴.

Asimismo, conviene precisar que esta actividad, aunque en la mayoría de los supuestos, queda circunscrita a una obligación de medio, como sería el caso, por ejemplo: de la anestesia en casos de medicina curativa, lo cierto es que en otros muchos supuestos, podría ser obligación de resultado, así por ejemplo, el caso de anestesia en supuestos de medicina satisfactiva, sin que por ello la actividad del anestesiista-reanimador adquiriera dicho carácter.

Por otra parte, téngase presente que la obligación de medios del anestesiista no se transforma en una obligación de resultado por ese carácter medial que le corresponde, es decir, por el propio hecho de que el anestesiista preste su preparación, conocimiento y técnica para la realización de una intervención quirúrgica por otro profesional.

¹³⁴ *Op. cit.*, p. 393.

Así, FERNÁNDEZ COSTALES, precisa que *«por lo que se refiere a la especialidad de Anestesiología y Reanimación [...] su finalidad propiamente dicha e inmediata no es la curación directa del enfermo, sino que su objetivo es servir de medio para la curación a otra especialidad; además, en esta especialidad pueden surgir una serie de peligros muy altos en determinado tipo de pacientes, particularmente cardíacos y personas muy emotivas, que impiden consecuentemente que un médico pueda obligarse a un resultado determinado. Por ello, estimamos que la obligación será también de diligencia y el médico anestesista no vendrá obligado a un resultado determinado»*¹³⁵.

Téngase presente como VILAR precisa que *«la anestesia y la reanimación posibilita la realización de intervenciones quirúrgicas particularmente largas y delicadas, a través del mantenimiento de la integridad de las constantes vitales y funciones del paciente, y con el desarrollo que esta especialidad ha adquirido en los últimos años, la rapidez del cirujano ha pasado a un segundo plano»*¹³⁶.

Asimismo, GUTIÉRREZ GOICOECHEA Y HOYUELA JIMÉNEZ matizan que *«esta especialidad, paga un alto precio de porcentaje de posibles complicaciones, derivadas del estado del enfermo, la elección de agentes y técnicas anestésicas, que siempre suponen una intoxicación reversible y controlada, origina un elevado nivel de riesgo, que en numerosas ocasiones es de difícil valoración»*¹³⁷.

Por su parte, como BARRIOS FLORES¹³⁸ establece el hecho de que sea medial no significa que ello le exima de cumplir con su cometido -es decir, que su actividad queda enmarcada en un plano de igualdad respecto del

¹³⁵ *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1987, pp. 137 y 138.

¹³⁶ «L'évolution des responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste», en *RTDC*, 1974, p. 739.

¹³⁷ «Legal Aspects of the practice of anesthesiology and resuscitation», en *Revista española de anestesiología reanimación*, núm. 23 (4), 1976, p. 283.

¹³⁸ «La responsabilidad profesional del médico residente», en *DS*, Vol. 11, núm. 1, 2003, p. 32. En idéntico sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 13. En jurisprudencia, SJPI de Murcia, núm. 1, de 04 de abril de 2001 [JUR 2001/174323] – ponente LÓPEZ-ALANIS SIDRACH DE CARDONA-.

plano del cirujano, igualdad que deriva de una división horizontal del trabajo y del principio de confianza- y lógicamente de responder por ello.

En este sentido, FERNÁNDEZ HIERRO prevé que: «*Cada profesional tiene en el acto quirúrgico unas funciones propias y exclusivas, por lo que, en principio, y salvo supuestos excepcionales, cada uno responderá solo de sus actos*»¹³⁹.

Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 05 de febrero de 1990*¹⁴⁰, en su fundamento de derecho tercero, expresó que:

«*Aunque el cirujano fuera el director técnico de la operación quirúrgica, el anestésista en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad*»¹⁴¹.

Por lo que aquí interesa, conviene precisar que la jurisprudencia admite en el caso del médico-anestésista, que éste tenga un amplio campo de responsabilidad exclusiva y especializada, con específica competencia y responsabilidad autónoma.

En particular, resulta esclarecedora la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de diciembre de 1997*¹⁴², en su fundamento de derecho tercero, prevé que:

«*El anestésista, lejos de configurarse como antaño, como personal auxiliar del cirujano, interviene en la operación con plena autonomía y responsabilidad dentro de las funciones de su competencia [...]*».

También la jurisprudencia se ha pronunciado respecto a la jerarquización del servicio médico, es decir, cuando cada médico realiza las operaciones que le corresponden, en el caso concreto, el anestésista se encarga de anestesiar y el cirujano de intervenir quirúrgicamente.

¹³⁹ *Sistema de responsabilidad médica, Ed. Comares, Granada, 2000, 3.ª ed.*, p. 409.

¹⁴⁰ [RJ 1990\1053] –ponente CARRERO RAMOS-.

¹⁴¹ Sobre la delimitación de la responsabilidad en las operaciones en las que intervienen cirujano y anestésista, *vid.*, LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 331 a 334 y 392 a 393. También, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 65 y ss.

¹⁴² [La Ley Juris: 310/1998] –ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ-.

Así, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 29 de marzo de 1999*¹⁴³, en su fundamento de derecho séptimo, señala que:

«Dicha jerarquización, a los efectos de una posible responsabilidad civil por culpa, ni puede servir para exonerar de responsabilidad cuando no se han adoptado todas las precauciones necesarias para evitar y precaver un eventual daño, ni puede admitirse que la jerarquización imponga un deber de cumplimiento a ciegas de las prescripciones médicas adoptadas por otro médico cuando el que ha de ejecutarlas estime insuficientes las pruebas previamente practicadas que acompañan al enfermo. De ser esto así, a pesar de constatarse la existencia de un daño, en todos los supuestos de organización de los servicios médicos de forma jerarquizada no habría posibilidad nunca de apreciar culpa o negligencia».

Por su parte, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ precisa que también puede darse el caso de que dicho carácter medial que ostenta el anestesista involucre al resto de los profesionales con los que éste actúa en la intervención médica, de forma tal que la responsabilidad de éste se diluya, originando una responsabilidad común o solidaria¹⁴⁴, sería el caso, por ejemplo, como FERNÁNDEZ HIERRO matiza de los *«errores cometidos conjuntamente, o por uno de ellos, y que debieron ser, por su carácter grave y claro, advertidos por el otro profesional de la medicina, aun cuando fuera de diversa especialidad»*¹⁴⁵.

Por lo que a esta materia se refiere, en particular la ya mencionada *Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 04 de mayo de 2005*¹⁴⁶, con ocasión de un caso referido a la intervención de un paciente por hernia discal y, que durante la operación, la incorrecta posición de la cabeza originó la lesión en un ojo. En el caso concreto si se recurre a la guía de la SEDAR y, por ende, a la *«lex artis»* del anestesista, se observa que una de las actividades que debe controlar el anestesista en la fase de perianestesia es la posición del enfermo, de ahí que de ello podría deducirse que,

¹⁴³ [AC 1999/8990] –ponente GONZÁLEZ OLLEROS–.

¹⁴⁴ *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 68 y 69.

¹⁴⁵ *Sistema de responsabilidad...*, op. cit., p. 409.

¹⁴⁶ [AC 2005/1206].

en cualquier daño derivado de una mala posición, será responsable el anestesista. Sin embargo, en el fundamento de derecho sexto, se establece que:

«No entiende la Sala que el cirujano descargue la responsabilidad exclusivamente en la actuación del anestesista, pues en definitiva la “lex artis” exige al profesional el conocimiento técnico de su intervención, y en este caso debe asegurarse, junto con el resto de personal sanitario [...], de la colocación correcta del paciente en aras a evitar un daño mayor [...]. Por lo que se trata de una operación realizada en conjunto por un equipo médico y sanitario, sin que ninguno de ellos pueda asumir o descargar la total responsabilidad [...], pues todos conocen su profesión y deben velar por que la intervención quirúrgica se desarrolle en las condiciones idóneas»¹⁴⁷.

3. LA POSIBLE CALIFICACIÓN COMO OBLIGACIÓN DE RESULTADO DEL MÉDICO ANESTESISTA: SU ULTERIOR RECALIFICACIÓN COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS

Para algunos autores, la obligación del médico anestesista ha sido considerada como una obligación de resultado. Así, CIFUENTES sostiene que: *«El resultado previsto en la aplicación de la anestesia es la inconsciencia y adormecimiento para evitar el dolor, por medios de diario uso y con drogas que bien utilizadas son inocuas para la salud general de las personas (salvo algún caso especial). No parece posible, pues, calificarlas de obligaciones de medios, porque no hay aleas graves y porque no es más que un método complementario de la cirugía tan estereotipado, hoy frecuente y sencillo (para el que sabe aplicarlo), que el resultado (adormecer, hacer dormir) prevalece indudablemente sobre cualquier otra consideración»¹⁴⁸.*

Tres han sido los argumentos, en los que se ha apoyado el mencionado autor para justificar su afirmación: De una parte, que las drogas anestésicas bien utilizadas son inocuas para la salud general de las personas (salvo algún caso especial); de otra, que en su administración no existen

¹⁴⁷ En idéntico sentido, *vid.*, la SAP de Madrid, Sección 20.ª, de 22 de octubre de 2004 [AC 2005/128].

¹⁴⁸ *Teoría de las obligaciones de medios y resultados y la responsabilidad de los establecimientos médicos asistenciales*, nota a fallo, LL, 1995-D-437. En jurisprudencia, *vid.*, la Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala L, de 25 de julio de 1994, “Romero, Norma y otros c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, JA, 1995, I, 508.

aleas graves y, finalmente, que se trata de un método complementario a la cirugía estereotipado, hoy frecuente y sencillo.

Téngase presente que dicha teoría resulta del todo inconciliable con la posición adoptada por nuestra doctrina y jurisprudencia, debido a que se parte de la premisa de que todas las obligaciones médicas, sin excepción alguna y, por ende, la asumida por el médico-anestésista son típicamente obligaciones de medios.

Lo que se justifica en el hecho de que el éxito de toda terapia, médica o quirúrgica, se encuentra sujeta a imponderables que indudablemente exceden del control de los profesionales, incluso de los más prudentes y capaces, de conformidad con la concurrencia constante del *alea*¹⁴⁹.

En este sentido, resulta interesante traer a colación la *Sentencia de la Cámara Nacional Federal, Civil y Comercial, Sala 2.ª, de 30 de agosto de 1991*, que precisó que:

*«La ciencia médica tiene sus limitaciones, y en el tratamiento de las enfermedades existe siempre un alea que escapa al cálculo más riguroso o a las previsiones más prudentes y, por tanto, obliga a restringir el campo de la responsabilidad»*¹⁵⁰.

Por otra parte, conviene matizar que la pretendida inocuidad de las drogas anestésicas a las que hace referencia en su teoría CIFUENTES¹⁵¹, se

¹⁴⁹ Así, URRUTIA, Debora Myriam; URRUTIA, Almicar; URRUTIA, César y URRUTIA, Gustavo: *Responsabilidad médico-legal de los anestésistas*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1996, pp. 129 a 140

¹⁵⁰ También, la Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de 14 de septiembre de 2006 (caso Recurso de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal nº 640/99 del 14 de septiembre de 2006), expresó que: «*La ciencia médica no es exacta y tiene sus limitaciones, pues en el tratamiento de las enfermedades y en su abordaje terapéutico existe siempre un álea que escapa al cálculo más riguroso y a las previsiones más prudentes [...]*». En idéntico sentido, la Sentencia núm. 32201 de Cuarta Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción, de 10 de junio de 2010.

¹⁵¹ *Op. cit.*, nota a fallo, LL, 195-D-437.

contradice como ORKIN Y COOPERMAN¹⁵² afirman con los conocimientos teórico-prácticos que presenta esta especialidad.

Téngase presente que la anestesia para la cirugía implica riesgos inevitables, debido a que aunque cada anestésico tiene sus propias ventajas, lo cierto es que también presentan sus propios inconvenientes. De forma tal, que resulta inexistente un preparado anestésico sin efectos secundarios. Y por tanto, todos los anestésicos, aun los más sencillos, originan un estado fisiológico de anormalidad, que supone un riesgo, pudiendo ser este último mayor o menor, según las circunstancias, pero indudablemente inevitable¹⁵³.

En este sentido, HANQUET señala que «*contrariamente a lo que muchos imaginan, el estado de anestesia no es un estado de sueño artificial [...], sino que constituye, un estado patológico de inconsciencia, debido a que los fármacos anestésicos son unos tóxicos que [...] provocan un estado de coma controlado*» y, añade que «*no hay que perder nunca de vista que el estado de la anestesia es un coma artificial que vuelve al paciente incapaz de defenderse frente a las agresiones exteriores e interiores*»¹⁵⁴.

Por su parte, GOODMAN Y GILMAN precisan que «*las drogas figuran entre las más peligrosas aprobadas para uso general, debido a que el margen de seguridad en su uso es pequeño*» y, matizan que «*los índices terapéuticos son de dos a cuatro, es decir, que la dosis que produce un paro cardiocirculatorio puede ser solo de dos a cuatro veces mayor que la que produce una anestesia suficiente*»¹⁵⁵.

De lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que «*pese a los progresos alcanzados en los últimos decenios y a las recientes posibilidades de la anestesiología, cualquier forma de anestesia implica un riesgo. Si bien es indudable que se ha conseguido atenuar los peligros, nunca será posible anularlos por completo porque, al fin y al cabo, toda administración de*

¹⁵² Estos autores hablan de la ingenuidad de pensar que los anestésicos son inocuos (en *Complicaciones en anestesiología*, Ed. Salvat, Barcelona, 1986, p. 9).

¹⁵³ Así, SCHWARTZ, Seymour; SHIRES, Tom; SPENCER, Franck y, STORER, W: *Principios de cirugía*, Ed. Mc Graw-Hill, México, 1988, p. 439.

¹⁵⁴ *Manual de anestesiología*, Ed. Toray-Masson, Barcelona, 1976, p. 4.

¹⁵⁵ *Las bases farmacológicas de la terapéutica*, Ed. Panamericana, Buenos Aires, 1986, 7.ª ed., p. 269.

anestésico supone la ingestión de un toxico que de modo artificial pone al organismo en un estado no fisiológico, en el que, además, al provocar la pérdida de conciencia y la disminución de la actividad refleja, disminuye notablemente los mecanismos de protección»¹⁵⁶.

En este sentido, GOODMAN Y GILMAN puntualizan que «*como en cualquier intervención quirúrgica, en toda anestesia existe un determinado riesgo, más deberá tenerse en cuenta que si bien existen intervenciones quirúrgicas menores, no existe anestesia menor. El juego de palabras referido a la anestesia con barbitúricos en los países anglosajones “deadly easy” expresa con qué facilidad puede producirse en la anestesia un desenlace fatal. Además de la intervención quirúrgica”* y, concluyen que: «*Aun en nuestros días el número y gravedad de los accidentes y complicaciones anestésicas es suficientemente grande para que deba recurrirse a todas las medidas que hagan posible su reducción y prevención, pues contrariamente a lo que ocurre en la operación, en la anestesia el accidente entraña casi siempre una amenaza vital aguda»¹⁵⁷.*

Retomando nuevamente la teoría planteada por CIFUENTES¹⁵⁸, y más concretamente, en lo referido a que en la práctica anestésica no existen *aleas* graves, podemos precisar que dicha afirmación indudablemente quiebra, debido a que es conocida y reconocida la gravedad que caracteriza este tipo de accidentes o complicaciones e incluso secuelas de orden anestésicas, como la incidencia que en su producción representan los factores de carácter aleatorio.

Así, HARDY señala que «*gran parte del esfuerzo del anesthesiólogo debe consistir en no hacer daño al paciente inconsciente porque la anestesia se asocia con complicaciones graves y problemas especiales»¹⁵⁹.*

¹⁵⁶URRUTIA, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁷*Op. cit.*, p. 636.

¹⁵⁸*Op. cit.*, nota a fallo, LL, 1995-D-437.

¹⁵⁹*Cirugía*, Ed. Panamericana, Buenos Aires, 1985, p. 365. Respecto a las complicaciones graves derivadas y a los problemas especiales *vid.*, las aportaciones de WIKINSI, Jaime y, Ricardo: «Algunas complicaciones anestésicas», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 52, núm. 1, Buenos Aires, 1994, pp. 57 a 77. También, y en relación a los riesgos especiales, entre otros, GARAT, Juan y, BARREIRO Gonzalo: «Paro cardiaco inesperado en

Respecto a los factores de carácter aleatorio, conviene precisar como CHRISTMANN acertadamente precisa que «*estos factores pueden eventualmente ocurrir durante la operación o después de ella y con cualquier tipo de anestesia, pudiéndose poner en peligro la vida del paciente*»¹⁶⁰.

Por otra parte, conviene puntualizar que cada uno de los tipos de anestesia tiene sus propios riesgos, y la mayoría de ellos revisten una particular gravedad.

En este sentido, la mejor doctrina¹⁶¹ establece que entre las complicaciones generales intra y post-operatorias de la anestesia, entre otras, se pueden enumerar las siguientes: las respiratorias (hipoventilación, obstrucción respiratoria, apnea, neumotórax [...]); las cardiovasculares (hipo e hipertensión, arritmias cardíacas, paro cardíaco [...]); las oftalmológicas (abrasión corneal, ceguera [...]) y, entre los problemas anestésicos especiales, la hipertermia maligna, la hepatotoxicidad de ciertos agentes, el infarto de miocardio recurrente [...].

Asimismo, diversos autores¹⁶² puntualizan que algunos tipos de anestesia presentan una eventualidad de complicaciones especiales. De una parte, en el caso de la anestesia local, se pueden originar reacciones adversas de orden sistemático -que afectan al corazón, a la circulación, a la respiración y al sistema nervioso central- o, local. De otra, en el supuesto de

anestesia», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 52, núm. 2, Buenos Aires, 1993, pp. 113 a 123.

¹⁶⁰ *Técnica quirúrgica*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1984, reimpresión de la 12.ª ed., p. 67. También, DESCHAMPS, Jorge; GRINFELD, David; ORTÍZ, Frutos y Wilks, Arturo (en *Cirugía*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1984, reimpresión de la 3.ª ed., p. 164) expresan que «*la gravedad de los accidentes es muy variada y en algunos casos su patogenia muy compleja [...]. Algunos accidentes referidos al aparato circulatorio (excepto el shock y el paro circulatorio) son de menor gravedad, pero dejados a su libre evolución resultan potencialmente gravísimos*». Asimismo, ORKIN Y COOPERMAN advierten que «*los agentes usados en anestesiología clínica son potentes y potencialmente letales y, al igual que cualquier otro fármaco, poseen propiedades indeseables intrínsecas y efectos colaterales contraproducentes; a veces estos últimos son graves y nocivos, como ocurre con las reacciones adversas, que pueden ser fatales*» (*op. cit.*, p. 10).

¹⁶¹ Así, *vid.*, representado, entre otros, por SCHWARTZ, Seymour; SHIRES, Tom; SPENCER, Franck: *Principios de cirugía*, Vol. I, Ed. Interamericana, México, 1989, 5.ª ed., pp. 406 y ss. y, SNOW, John: *Manual de anestesia*, Ed. Masson-Salvat, Barcelona, 1994, 6.ª reimpresión de la 2.ª ed., pp. 265 y ss.

¹⁶² *Vid.*, SNOW, *op. cit.*, pp. 118, 136 y 150.

anestesia espinal, se pueden plantear problemas circulatorios o complicaciones neurológicas permanentes, así como la aracnoiditis adherente crónica y, finalmente, respecto de la anestesia lumbar epidural, para el caso de punción accidental de la duramadre, al tratarse de una anestesia espinal alta o total, puede dar origen a cefaleas posturales pos-espinales.

Para finalizar, y siguiendo la teoría plasmada por CIFUENTES¹⁶³ en relación a que la anestesiología constituye un método complementario de la cirugía [...] estereotipado [...] frecuente y sencillo, al igual la doctrina¹⁶⁴ predominante entendemos que los actos anestésicos constituyen, como norma general, procedimientos de carácter complejo, condicionados e influidos por factores de carácter quirúrgico e, incluso como algún autor ha precisado de carácter aleatorio extrajurídico¹⁶⁵, encontrándose en todo momento sujetos a las reacciones imprevisibles de ciertos pacientes.

En definitiva, creemos que las prácticas de carácter anestésico poseen idénticas características que cualquier otro acto médico, de forma tal que quiebra su pretendido encasillamiento dentro de las obligaciones de resultado, reconduciéndose la calificación de estos especialistas a las obligaciones de medio.

¹⁶³ *Op. cit.*, nota a fallo, LL, 1995-D-437.

¹⁶⁴ Así, GOODMAN Y GILMAN sostienen en relación con los anestésicos inhalatorios que «cuando una tableta se traga o una solución se inyecta en un músculo, se describe la dosis en términos de la masa administrada. Sin embargo, cuando una droga se inhala como gas o vapor solo una cantidad relativamente pequeña es realmente absorbida, una fracción grande de la misma se exhala en solo 1 o 2 segundos. Además, como el cerebro y no el pulmón es el sitio de acción de los anestésicos inhalatorios, el agente debe repartirse entre el gas alveolar y la sangre y luego nuevamente entre la sangre y las células encefálicas antes de ejercer su acción. Es difícil especificar la concentración cerebral en los animales de experimentación e imposible medirla en el hombre y, sin embargo, es inevitable la necesidad de especificar una dosis [...] para administrar anestesia general» (*op. cit.*, p. 269). Por su parte, MICHANS, Juan (en *Patología quirúrgica*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1987, 4.ª ed., p. 90) sostiene que «las drogas son administradas por diversas vías, se eliminan por múltiples mecanismos a diferentes velocidades y tienen una interacción no completamente comprendida; cuando se asocia la administración de drogas no relacionadas con la anestesia y las respuestas no específicas a la operación, se conforma una situación clínica muy compleja que desafía los estudios para clasificar las acciones farmacológicas».

¹⁶⁵ Así, MICHANS reconoce la influencia de los factores extrajurídicos, entre los que incluye el estado físico; la edad y, la obesidad (*op. cit.*, pp. 90 y ss.).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS ANESTESISTAS

I. EL CONTRATO DEL MÉDICO: CONCEPTUALIZACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

En este sentido, la mejor doctrina ha puesto de manifiesto que a lo largo de la historia la relación existente entre el médico y el paciente ha sufrido de numerosas y diversas acepciones, que ni influyen en su estado ni en el contenido final de su definición.

Así, ALONSO PÉREZ lo define como *«un acuerdo de voluntades por el que un profesional de la medicina se obliga a brindar sus servicios médicos o de asistencia facultativa al paciente, comprometiéndose éste a remunerarlos»*¹⁶⁶.

Para, CASA MADRID MATA *«es un contrato por virtud del cual un profesional de la medicina mediante una remuneración que toma el nombre de honorarios, se obliga a prestar a un paciente, servicios de atención médica, limitados al ámbito de la preparación que posea el profesional de que se trate»*¹⁶⁷.

Por su parte, DE LORENZO SANCHO expresa que *«el contrato médico es aquél que tiene por objeto una prestación facultativa, en orden a la promoción, prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud»*¹⁶⁸.

¹⁶⁶ *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977, p. 35.

¹⁶⁷ *La atención médica y el derecho sanitario*, Ed. JGS, México, 1999, p. 43.

¹⁶⁸ *El contrato de prestación de servicios médicos*, *Apud. cit.*, FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *El contrato de servicios médicos*, Ed. Civitas Madrid, 1988, p. 153.

Desde el punto de vista jurisprudencial. En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 07 de noviembre de 1940*, reconoció la tesis contractual, al señalar que:

«El contrato [...] molde amplísimo que cobija sin género de duda los servicios superiores y muy calificados de quienes como médicos ejercen las llamadas profesiones y artes liberales [...]».

Respecto a las partes que intervienen en el contrato, conviene precisar que dos han sido los supuestos que se pueden distinguir:

De una parte, las relaciones directas entre el facultativo y el cliente-paciente. Supuesto en el que la atención médica se otorga en relación a un acuerdo expreso o tácito donde ambas partes intervienen.

De otra parte, las relaciones contractuales complejas, caso en que deben ser incluidas aquellas situaciones donde sea el facultativo quien contrate sus servicios con el hospital o compañía de servicios, mientras que el paciente contrate con tales personas jurídicas, con la finalidad de recibir una asistencia médica, sin detrimento de los matices que puedan acaecer sobre su naturaleza privada o pública¹⁶⁹.

1. SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN: DENOMINACIÓN

En cuanto al término más idóneo para calificar al sujeto pasivo de dicha relación de carácter contractual, la mejor doctrina¹⁷⁰ ha puesto de manifiesto que todavía no se ha encontrado la nomenclatura más idónea, debido a que la acepción paciente es sinónimo del término enfermo. Enfermo es un apelativo no demasiado idóneo para quien acude al médico sin padecer afección alguna, aunque él puede creer cosa distinta. Y cliente es una denominación que el uso, ha restringido a la práctica comercial como equivalente de comprador.

¹⁶⁹ *Vid.*, FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *El contrato de servicios médicos*, Ed. Civitas Madrid, 1988, p. 20.

¹⁷⁰ Así, entre otros, *vid.*, GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: *Configuración jurídica de los servicios médicos*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965, p. 334 y, FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios...*, *op. cit.*, p. 110.

En suma, cabe la posibilidad de utilizar de forma indistinta dichas locuciones, eligiendo la más apropiada para cada caso concreto.

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO EN EL ÁMBITO MÉDICO

Sentadas las premisas anteriores, téngase presente la complejidad que presenta la determinación de la naturaleza jurídica del contrato. Si bien, se trata de un contrato cuya regulación es extensible tanto a la relación entre médico y usuario de servicios médicos, como a los derechos y obligaciones que ostentan sus partes integrantes, y en cuya evolución a lo largo de la historia ha erigido dicha premisa con la idea de eliminarla de aspectos erróneos.

No obstante, y partiendo de la premisa que presenta la inexistencia de una normativa específica sobre el contrato médico y su responsabilidad, es importante reseñar la influencia integradora con que deben operar algunas normas¹⁷¹ que contienen una enumeración de los derechos del paciente, así como los correlativos deberes del médico delimitadores del contenido del contrato.

Por otra parte, resulta innegable que entre paciente y médico puede mediar un contrato, que a la par, carezca de una regulación jurídica específica, pero que en él se incardinan todos y cada uno de los derechos y obligaciones aludidos por la normativa reguladora de la profesión médica. Esta relación jurídica deberá quedar circunscrita bien dentro de un determinado tipo contractual o considerarse que no tiene cabida en ninguno de ellos. De forma tal, que lo anterior nos permita determinar cuál es el tipo de responsabilidad ostentada por el facultativo, así como el hecho de que dicha responsabilidad se presente coherente con la naturaleza de la obligación asumida por aquél.

¹⁷¹ Así, *vid.*, entre otras, 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; el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; las Normas Deontológicas dictadas por los colegios Profesionales y, la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril.

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que la relación médico-paciente se conoce como el vínculo contractual establecido entre una persona que solicita los servicios de un profesional de la medicina y éste se compromete a prestar sus conocimientos, así como su capacidad científica, con la finalidad de prevenir, curar o aliviar la patología consultada. De esta forma se establece una relación de carácter contractual, con independencia de que ésta no sea expresada de forma escrita, con todas las responsabilidades que les corresponden a las partes en el desarrollo del objeto contractual.

No obstante, téngase presente que aunque las prestaciones médicas de los facultativos tienen su origen en el ámbito convencional, lo cierto es que se prevé de forma excepcional su carácter extracontractual para determinados supuestos en los que se produzcan situaciones de carácter delictual.

Por su parte, la doctrina ha enumerado un amplio elenco de contratos al tiempo de encuadrar la forma del negocio jurídico entre médico y paciente.

Así, mientras que para un sector doctrinal la teoría del contrato de mandato podría servir de base en la relación médico-paciente. Tesis que ha sido sumamente criticada en el entendido de que el contrato que debe surgir entre médico-paciente debe considerarse como un contrato de prestación de servicios en el que se dé la concurrencia de diversos contratos. Para otro sector ha sido considerado como un contrato innominado e, incluso no ha faltado algún que otro autor que se ha declinado por el contrato *«sui generis»*.

En suma, lo anterior ha originado una fuerte discusión, amparada tanto en las diversas teorías esgrimidas por doctrina y jurisprudencia, como por su interés práctico, puesto que la elección adoptada será determinante en el ordenamiento jurídico de aplicación.

3. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS

3.1. El Contrato de Mandato

El concepto del contrato de mandato, se trata de una acepción poco expresiva que no permite deslindar a este contrato de otras figuras contractuales.

Así, LASARTE ÁLVAREZ precisa que *«la descripción legal del artículo 1709 CC prevé que por el contrato de mandato se obliga a una persona a prestar algún servicio o realizar alguna cosa, por cuenta propia o por encargo de otra»*¹⁷².

Por otra parte, y como se desprende del artículo 1711¹⁷³ CC se trata de un contrato de carácter gratuito, con la excepción de que se pacte lo contrario –ya expresa, ya tácitamente- y, se presume de retribución si forma parte del desempeño de un servicio para el mandatario.

Asimismo, ALBALADEJO precisa que el contrato de mandato *«se encuentra basado en la confianza (fiducia) y en función de la persona (intuitu personae)»*¹⁷⁴ y, añade que *«el mandato se diferencia del arrendamiento de servicios, en que el mandatario puede obligarse a realizar por el mandante cualquier tipo de actos jurídicos, en contraposición del arrendamiento de servicios o de obra en la que el arrendador se obliga a la realización de un trabajo o de una obra»* y, apoyándose en el criterio de distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, destaca otros criterios acogidos en algunos Derechos históricos que, en la actualidad, no son los adoptados por nuestro Derecho positivo, como el criterio de gratuidad, el de representación directa y el de subrogación¹⁷⁵.

¹⁷² *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, T. III, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, 10.ª ed., p. 137.

¹⁷³ El precepto prevé que: *«A falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Esto, no obstante, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo»*.

¹⁷⁴ *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, p. 325.

¹⁷⁵ *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones...*, *op. cit.*, 1997, pp. 327 a 329.

3.1.1. *Antecedentes de la figura*

Respecto al origen del contrato de mandato, SHULZ precisa que se encuentra ubicado en el Derecho Romano, debido a que en Roma el trabajo era fundamentalmente realizado por los esclavos. De ahí, que fuesen escasos e incluso inexistentes, los contratos cuyo elemento objetivo fuese la prestación del trabajo libre¹⁷⁶. Asimismo, el arte médico que sería introducido en Roma en el S. VI a C., fue debido al requerimiento por parte de que algunas familias poderosas de la prestación de los servicios por esclavos griegos diestros en el arte de HIPÓCRATES.

A mayor abundamiento, se observa que durante la Roma Imperial esta figura adquiriría de una cierta relevancia, debido al hecho de que dentro de los servidores de las familias patricias, se encontraban entre otros, los médicos.

Asimismo, y por cuanto atañe a los libertos conviene precisar que aunque éstos hasta lograr su respetabilidad y la adquisición de importantes fortunas también y, durante mucho tiempo fueron predominantes en el ejercicio libre de la medicina, lo cierto es que con el transcurso del tiempo estos profesionales decayeron insuficientes para atender a toda la población. De ahí, que en esta época muchos fueran los médicos extranjeros de condición libre que fuesen invitados, con la finalidad de que radicasen en la *urbe*.

A lo anterior, se añade que cautivados por las canonjías, muchos fueron los galenos que respondieron a tal convocatoria, ya que con ello adquirirían tanto la ciudadanía romana, como recibían honores y privilegios, hasta un punto tal, que los propios romanos ajenos al oficio también optaron por dicha profesión. Este exceso acaecido en la profesión médica aunque sería, entre otros, censurada por CATÓN “el Censor” o PLINIO “el Naturalista”, lo cierto es que originó que el prestigio de los galenos encumbrase con la

¹⁷⁶*Derecho Romano Clásico*, Traducido de SANTA CRUZ TEIGEIRO, Ed. Bosch, Barcelona, 1960, p. 520.

enseñanza de la medicina, practicada ya en aquellos momentos bajo el imperio de Séptimo Severo y catalogada entre las artes liberalísimas¹⁷⁷.

Por otra parte, en el Derecho romano se distinguió entre las ocupaciones liberales y, las ocupaciones serviles, donde la actividad de la inteligencia y del espíritu carente de valoración económica, impidió la constitución de objeto de un contrato civil obligatorio y, en consecuencia, la inejecución de la remuneración pactada, carecía de acción¹⁷⁸.

En virtud lo anterior, FERNÁNDEZ BARREIRO Y APARICIO ponen de manifiesto que aunque inicialmente se negó que los actos derivados del ejercicio de una profesión literaria, científica o artística pudiesen directamente constituir el objeto de un contrato, lo cierto es que sería con posterioridad cuando fuese otorgada eficacia jurídica a la promesa de remuneración realizada a favor del profesional por actos inestimables a éste. Además, precisan que «*tal promesa de remuneración es válida y obligatoria y su ejecución puede ser perseguida judicialmente. Teniendo por tanto, un régimen jurídico diferente*»¹⁷⁹.

Por su parte, IGLESIAS¹⁸⁰ puntualiza que lo anterior justifica que los profesionales intelectuales sometiesen su actividad al mandato, el cual era fundamentalmente gratuito, prestando el médico un servicio de amigo, como mandatario del enfermo.

Para, BONET RAMÓN¹⁸¹ la aplicación de dicha regla no fue tan absoluta como en principio pueda parecer y, precisa que de dichos hechos surgió un procedimiento para que el galeno –ya profesional libre- no esclavo, pudiese tener una remuneración económica por su actividad.

¹⁷⁷ Para una mayor argumentación del contrato de mandato, *vid.*, las aportaciones de BONET RAMÓN, Francisco: *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1941, p. 161.

¹⁷⁸ *Vid.*, D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, 3.ª ed., p. 500.

¹⁷⁹ *Fundamentos del Derecho privado romano*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, 2.ª ed., p. 36.

¹⁸⁰ *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, 9.ª ed., p. 452.

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 161.

Téngase presente que la *praxis* social era impuesta y originaba la elaboración por los jurisconsultos, de la distinción entre honorarios y *merced*, permitiendo que lo recibido por ejecutar el mandato tuviese la consideración de agradecimiento, reconocimiento e, incluso premio al honor, pero no como valor de cambio por el servicio prestado -es decir, como una ganancia-, por lo que era improcedente su reclamación mediante la acción de mandato contraria. Sin embargo, será durante la época clásica, cuando se cobren dichos estipendios a través de la «*persecutio extra ordinem*», es decir, a través de un procedimiento romano extraordinario que desde DIOCLECIANO se convirtió en normal u ordinario¹⁸².

En síntesis, la actividad de los profesionales intelectuales fue regulada en Roma mediante el contrato de mandato –como norma esencialmente gratuito-, mientras que los trabajos serviles fueron regulados por el arrendamiento. Por otra parte, en el Derecho romano la relación médico-paciente se reglamentó como un contrato de mandato donde el mandante era el enfermo, el mandatario el galeno, y en definitiva, se reducía el encargo a procurar la salud del paciente¹⁸³.

3.1.2. *El contrato de mandato y su inaplicabilidad a la actividad médica*

Como ya se ha anunciado, en el Derecho Romano el médico era un mandatario del enfermo que, por el carácter esencialmente gratuito de ese contrato, veía remunerados sus servicios por medio de los «*honoraria*» que le adeudaba el paciente no a causa del mandato, sino de otro contrato paralelo pero diferente del mandato que se concluía entre ambos y con arreglo a la «*congnitio extra ordinem*»¹⁸⁴. Tesis que sería recogida tanto por los tratadistas del Derecho común, como por los autores modernos.

Asimismo, OEUUVRES DE POTHIER¹⁸⁵ consciente de la dificultad que presentaba la retribución de los profesionales, mediante el instrumento del

¹⁸² *Vid.*, ARIAS RAMOS, José: *Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947, pp. 392 a 393.

¹⁸³ Así, ARIAS RAMOS, *op. cit.*, p. 347.

¹⁸⁴ *Vid.*, BONFANTE, Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid, 1965, trad. de la 8.ª ed., italiana, 4.ª ed., pp. 498 y 504 y, BIONDI, Biondo: *Instituzioni di diritto romano*, Milán, 1972, pp. 503 y ss.

¹⁸⁵ *Traité du mandat*, Paris, 1821, p. 96.

mandato, esencial y tradicionalmente gratuito, alude a un deber moral por parte del paciente de responder con un regalo u otro acto de liberalidad hacia su médico, deber ajeno al contrato de mandato.

No obstante, con la aparición de los CC se solventa la problemática anterior, debido a la admisión de la retribución del mandato, para el caso de que así hubiese sido pactado por las partes, es decir, que se transforma de “esencialmente gratuito” a “naturalmente gratuito” y, en consecuencia, depende de la gratuidad de la voluntad de las partes.

También aunque en las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de febrero y de 14 de junio de 1907*¹⁸⁶, nuestro TS se pronuncia -de forma aislada- otorgando la calificación jurídica de mandato al contrato realizado por las personas que ejercen las profesiones liberales, lo cierto es que será con posterioridad cuando ratifique dicho parecer al establecer como mandato la relación entre un abogado y su cliente. Este criterio ha sido acotado por la doctrina al señalar que no puede extenderse a todo tipo de contrato verificado por un profesional liberal y, más concretamente, al médico por las características especiales que éste presenta¹⁸⁷.

Asimismo, y de conformidad con lo previsto por el artículo 1719 CC, no parece existir obstáculo alguno para aplicar el mandato a la relación entre un profesional y su cliente. En efecto, si por el contrato de mandato «*se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra*», se podría pensar que el médico presta sus servicios al paciente por encargo de éste, que por su impotencia para cuidar por sí mismo de su salud, se hace sustituir en dicha tarea.

A lo anterior, téngase presente no sería impedimento para la aplicabilidad de dicha teoría, la cuestión de los honorarios, debido a que se posibilita la retribución del mandato cuando ésta se hubiera pactado y, por tanto, el pacto se presume cuando se prestan los servicios por encargo u orden de otro.

¹⁸⁶ En esta sentencia se considera mandatario al letrado de unos albaceas y condena al pago de honorarios.

¹⁸⁷ Así, FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios...*, *op. cit.*, p. 38.

Así, ZAMORA Y VALENCIA¹⁸⁸ sostienen que tal vez pueda creerse que un supuesto que toleraría la formación del contrato de mandato, podría tener lugar cuando un médico, por ausencia de hecho, enfermedad o causa análoga, encarga temporalmente a otro colega que lo reemplace y supla cerca de su cliente particular, a quien lo presenta e insta para que acepte, pero dicha hipótesis tampoco implicaría un mandato, pues, tal asistencia facultativa es de contenido de carácter material.

En la actualidad, téngase presente que esta figura concretada en el contrato de mandato ha sido sumamente criticada y, finalmente, abandonada por la doctrina mayoritaria. De forma tal, que varias han sido las razones que la mejor doctrina¹⁸⁹ ha argumentado para justificar la imposibilidad de que este tipo de contrato regule las relaciones existentes entre el facultativo y el paciente.

De una parte, el mandato regula únicamente los actos de carácter jurídico, mientras que los médicos realizan actos de carácter material, aunque sean o puedan ser originarios de consecuencias de carácter jurídica. De ahí que nuestro legislador al reglamentar la figura, se refiera a actos y materias de carácter jurídico y no a actos de carácter material, que son los ejercitados por el facultativo, considerando en su conjunto la actividad a desempeñar, como una actividad que consiste, indudablemente, en una función de carácter técnico y no en la ejecución de un acto jurídico.

De otra parte, cierto sector doctrinal¹⁹⁰ rechaza la aplicación del régimen previsto por el CC para regular el contrato de mandato, apoyándose en que la catalogación de la relación médico-paciente como un contrato de mandato implicaría la aplicabilidad de un régimen jurídico propio a dicho contrato, lo que resulta incongruente con el espíritu legal que debe regir en todo momento la relación médico-paciente.

¹⁸⁸ *Contratos civiles*, Ed. Porrúa, México, 1981, pp. 182 a 190.

¹⁸⁹ Así, entre otros, *vid.*, las aportaciones de SÁNCHEZ MEDAL, Ramón: *De los contratos civiles*, Ed. Porrúa, México, 1997, 3.ª ed., p. 256.

¹⁹⁰ *Vid.*, en esta línea, BLAS ORBÁN, Carmen: *Responsabilidad profesional del médico*, Ed., Bosch, Barcelona, 2003, pp. 41 y 42 y, GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica...*, *op. cit.*, 1965, p. 351.

Así, FERNÁNDEZ COSTALES¹⁹¹ prevé que lo anterior comportaría consecuencias absurdas, debido a que el médico, no tiene porqué seguir las instrucciones de su paciente, sino todo lo contrario, argumenta el autor, teniendo en cuenta las características de independencia y libertad profesional.

En este sentido, téngase presente que el médico goza de una independencia técnica que le otorga la facultad de elegir el tratamiento y los medios necesarios para la curación del paciente, quedando a salvo, indudablemente, el consentimiento del paciente que de ninguna manera se puede asimilar a unas instrucciones que el facultativo debe seguir¹⁹².

También, algún autor¹⁹³ ha puesto de manifiesto que resulta inexacto que la actividad intelectual no sea susceptible de evaluación económica, debido a que la gratuidad no es un carácter privativo de la esencia actual del mandato, puesto que su otorgamiento implica la autorización al mandatario a ejecutar, por cuenta del mandante, un acto jurídico o bien una serie de actos de tal naturaleza, lo cual no es conforme al requerimiento del paciente ni a los servicios prestados por el facultativo.

En este sentido, FERNÁNDEZ HIERRO precisa que el mandato «*es un contrato por el cual el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encargue, debiendo considerarse que la gratuidad romana del mandato marca la regulación actual del mismo, y por su naturaleza es gratuito, se admite un mandato comercial que es oneroso y al que no es de aplicabilidad la regla de la libre revocación*»¹⁹⁴. Y añade, que «*la enfatización de la esencial revocabilidad del mandato, si se produce imposibilitaría la indemnización de daños y perjuicios, precisando*

¹⁹¹ *El contrato de servicios...*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹² También niegan la posibilidad de aplicar el contrato de mandato a la relación médico-paciente, entre otros, ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 133; GONZÁLEZ MORAN, Luís: *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, p. 62 y, JORDANO FRAGA, Francisco: «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», en *RGLJ*, Madrid, 1985, p. 32.

¹⁹³ *Vid.*, YUNGANO, Arturo Ricardo: *Responsabilidad profesional de médico*, Ed. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992, 2.ª ed., p. 90.

¹⁹⁴ *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 26. También, *vid.*, MALAURIE, F y AYNÉS, L: *Cours de droit civil. Les contrats speciaux*, Ed. Cujár, Paris, 1995, pp. 277 a 278.

que ello no es lo más apropiado en la relación entre el facultativo y el paciente»¹⁹⁵.

Por último, otro sector doctrinal, estima necesario aludir a la consideración igualitaria de las profesiones que rigen hoy por hoy. Así, en la actualidad, desaparece el sustrato sociológico que antaño era concebido como la base en que se sustentaba dicha teoría. De ahí que sostengan que *«merecen igual consideración tanto los profesionales dedicados a tareas individuales como los que realizan trabajos materiales»¹⁹⁶*. En este sentido, GONZÁLEZ MORAN matiza que *«[...] el estado actual de las relaciones humanas y jurídicas no autoriza al encasillamiento romano ni a la división entre trabajos nobles y serviles, ya que el trabajo tiene una única consideración que viene dada por la intrínseca dignidad de la persona humana, que no es grande por lo que haga, sino por lo que es»¹⁹⁷*.

En definitiva, se abandona la teoría del mandato, debido a la existencia de otras figuras contractuales que tienen una mayor afinidad con la relación entre el médico y el paciente.

3.2. El contrato de arrendamiento de obra y de servicios

En la actualidad, la ausencia de relación entre la consideración social de las profesiones y su encuadramiento contractual, ha originado que el arrendamiento de obra ostente una especial importancia en la tipificación del contrato de servicios médicos.

En este sentido, DÍEZ PICAZO ha configurado esta figura *«como aquél que tiene por objeto la producción del resultado de una tarea, de una actividad a cambio de un precio cierto»* [art. 1544 CC] y a mayor abundamiento, el artículo 1542 del texto legal, precisa que *«el arrendamiento puede ser de cosas o de obras o de servicios»¹⁹⁸*.

De forma tal, que dicha idea de resultado es la que indudablemente diferencia esta figura de la del arrendamiento de servicios, originado en

¹⁹⁵ *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 26.

¹⁹⁶ GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica...*, op. cit., 1965, p. 349.

¹⁹⁷ *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 62.

¹⁹⁸ *Sistema de derecho civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, 4.ª ed., p. 462.

doctrina la disociación sobre las obligaciones de medios y de resultado y, siendo fundamental lo anterior en el encasillamiento de la comprensión del contrato de servicios médicos.

Sin embargo, téngase presente que el argumento fundamental en favor de la teoría del arrendamiento de obra se encuentra justificado en la idea de subordinación y dependencia que comporta. Así, la doctrina¹⁹⁹ mayoritaria propugna que «*el arrendamiento de servicios debe encontrarse ausente en el ejercicio de la profesión médica, donde la noción de independencia es de carácter esencial*»²⁰⁰.

Por el contrario, no han faltado voces discrepantes -contrarias al arrendamiento de servicios- que propugnan por el contrato de obra, al sostener que en la relación médico-paciente la retribución no resulta en modo alguno proporcional al tiempo, sino que a estos facultativos se les debe abonar por visita o por consulta. De ahí, que la principal objeción a dicha teoría se encuentre plasmada en el propio concepto de arrendamiento de obra, debido a que si de lo que se trata es de la producción de un resultado, esto es algo que no tiene cabida en el ámbito de la medicina.

Partiendo de la premisa de que el facultativo no puede prometer un determinado resultado curativo, resulta sumamente complicado el establecimiento de una previsión de los efectos concretos y ciertos que en definitiva derivarán del tratamiento y, en consecuencia, con lo anterior lo único que puede hacer el médico es poner todos los medios que se encuentren a su alcance, así como realizar las tareas que previsiblemente pudiesen llevar a la verificación del resultado deseado, aproximándonos con ello a la idea de la obligación de resultado.

¹⁹⁹ El argumento de la independencia ha llevado a afirmar el carácter de arrendamiento de obra respecto de las profesiones liberales a gran parte de la doctrina. Así, entre otros, *vid.*, JOSSEMAND, Louis: *Cours de droit civil positif français*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 675 y, COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry: *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la última edición francesa con notas de Demófilo de Buen, por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed., Reus, Madrid, 1928, p. 433.

²⁰⁰ DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel: *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Estades Arts, Madrid, 1949, p. 58.

En suma, el médico no se obliga a curar al enfermo, sino a realizar una tarea de diagnóstico y, en su caso, al tratamiento idóneo para el logro de dicha curación.

En virtud de lo anterior, DE LA QUINTANA FERGUSON precisa que «*la obra constituye la asistencia médica y no la curación*»²⁰¹. Sin embargo, dicha afirmación, resulta demasiado forzada, ya que nuestro CC únicamente prevé que esa asistencia se circunscriba más a prestar un servicio que a ejecutar una obra.

Por cuanto atañe al argumento relativo de los honorarios, conviene precisar que este argumento se vuelve en contra de la propia teoría, debido a que si en el arrendamiento de obra la remuneración no es exigible en tanto no se realice la entrega de dicha obra, se observa que en numerosos supuestos la incapacidad del médico de curar al paciente podría derivar en la imposibilidad del cobro de sus honorarios.

Sin embargo, y a pesar de lo argumentado en líneas previas, lo cierto es que ello no tiene cabida, siempre que el médico realice de forma diligente sus actividades, aunque no haya logrado la curación del paciente, puesto que en numerosas ocasiones el facultativo aun poniendo a prueba todos sus cuidados y sus conocimientos, logrará una curación parcial del paciente y, en consecuencia, si se circunscribe dicha actividad al contrato de obra, ésta sería incompleta. De ahí que, en la medicina no pueda ser así, puesto que la ciencia en un momento dado no puede llegar a un resultado óptimo, sino parcial o medianamente satisfactorio.

Respecto a la teoría del arrendamiento de servicios, conviene puntualizar que esta tesis es la que más partidarios ostenta a la hora de tipificar la relación entre médico-paciente. De forma tal, que la mejor doctrina²⁰² ha sostenido, en términos generales que el contrato de servicios

²⁰¹ *Op. cit.*, p. 63.

²⁰² *Vid.*, ENNECERUS, Ludwig: *Tratado de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Ed., Bosch, Barcelona, 1950, p. 231; CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, Común y Foral*, T. IV, Ed. Reus Madrid, 1985, 12.ª ed., pp. 476 y ss.; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, II, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, 7.ª ed., p. 281; ESPÍN CÁNOVAS, Diego Eduardo: *Manual de derecho civil español*, III, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid,

médicos es un arrendamiento de servicios, aunque no sea más que por exclusión del resto de posibilidades.

En este sentido, GITRAMA GONZÁLEZ define el arrendamiento de servicios «*como un contrato por el que una de las partes se obliga a desplegar respecto de la otra una determinada actividad polarizada en el trabajo mismo, a cambio de una remuneración proporcional al tiempo, a la cantidad o a la dificultad del trabajo desarrollado*»²⁰³.

Por tanto, en esta teoría contractual se recoge con bastante exactitud los elementos esenciales que conforman la relación jurídica médico-paciente. De forma tal, que la obligación médica queda circunscrita, en concreto, a desplegar una actividad que, de conformidad con la «*lex artis*» tiene como pretensión la curación del paciente-es decir, que el médico contrae una obligación de medios-, encaminada al logro de una finalidad, pero no se compromete a obtener ese resultado. Además, es realizada a cambio de una retribución económica y realizada sin elemento de subordinación alguno por parte de su paciente -por el arrendatario del servicio- quien, en la relación contractual únicamente interviene en la prestación del consentimiento que caracteriza el contrato de servicios médicos.

También, la jurisprudencia se ha pronunciado a tal respecto. En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de febrero de 1936*²⁰⁴, se estableció que:

«Aunque de una manera eventual y accesoria pueden ser encomendados a los abogados gestiones propias de contrato de mandato o poderes de representación, en su esencia, los servicios de los letrados, como de las demás personas que ejercen profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad siquiera lo sea muy elevada y destacada, del que la

1983, pp. 634 y 635; LACRUZ BERDEJO, José Luís: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 3, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 205 y ss.; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, op. cit., 1993, pp. 479 y 480; FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 33; GONZÁLEZ MORAN, *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 124 y ss. y, GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica...*, op. cit., 1965, p. 366.

²⁰³ *Configuración jurídica...*, op. cit., 1965, p. 368 y 369.

²⁰⁴ [R] 1935/462].

tradición jurídica y nuestro Código Civil viene llamando contrato de arrendamiento de servicios».

No obstante, a lo anterior no han faltado voces discrepantes partidarias de que la teoría del arrendamiento de servicios como marco contractual no es el más idóneo para regir el vínculo entre médico-paciente. Así, DE LA QUINTANA FERGUSON, insiste en *«la ausencia de subordinación en el ejercicio de las profesiones liberales y entiende que dada la evolución del arrendamiento de servicios hacia el contrato de trabajo, al que cede terreno, resulta un error cuantioso, mantener adscritas al primero las profesiones liberales; sin embargo, no se inclina por el contrato de trabajo, como sería lógico tras esa consideración, sino por el arrendamiento de obra»*²⁰⁵.

Respecto al desistimiento unilateral del paciente, GONZÁLEZ MORAN sostiene que *«no es preciso recurrir al mandato, sino que deriva del carácter “intuitu personae” de la relación médica»*²⁰⁶.

LLAMAS POMBO²⁰⁷acertadamente precisa que también deriva de los bienes esenciales que están en juego la vida, la integridad física, de rango constitucional y superior que permiten al enfermo romper la relación

²⁰⁵ *Op. cit.*, p. 61. También, ATAZ LÓPEZ se niega a la inclusión de la actividad médica en el arrendamiento de servicios. Si bien, este autor concluye que *«se trata de un contrato mixto, y que no puede ser calificado a ultranza como arrendamiento de servicios por los siguientes motivos: en primer lugar, entiende que aquellos servicios no regulados por el CC no pueden comprenderse en el arrendamiento de servicios, en segundo lugar, los servicios que presta el médico pueden ser gratuitos, lo cual excluye el carácter oneroso de la definición del artículo 1544 CC, en tercer lugar, el médico se compromete a realizar una actividad encaminada a conseguir un resultado, y en último lugar, la facultad del paciente-cliente de revocar el contrato descarta el arrendamiento de servicios por ser inexistente dicha facultad en el mismo»* (*op. cit.*, p. 144 y ss.). También, BLANCO MUÑOZ, Juan (en *Contrato específico para la actuación del médico. Aportaciones jurídicas para mejor seguridad en el acto sanitario*, Ed. Gomylex, Bilbao, 2012, 1.ª ed., pp. 192 a 197) siguiendo a YUNGANO se posiciona a favor del denominado contrato de prestación de servicios profesionales, propio del régimen jurídico mexicano o, bien “*sui generis*”, aludiendo que *«la ausencia de una regulación expresa en nuestro CC del contrato de servicios profesionales intelectuales no es óbice para que la relación entre médico-paciente se encuadre dentro del contrato de servicios “latu sensu”*», y considera que *«el contrato de arrendamiento de servicios significa una especie de subordinación de quien debe prestar el servicio de quien lo encarga, lo que no se ajusta a la relación médico -paciente, por resultar paradójico que el enfermo sometiese al profesional a su dependencia y le diese instrucciones»*.

²⁰⁶ *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 124.

²⁰⁷ *Op. cit.*, p. 128.

jurídica y acudir a otros médicos más cualificados en demanda de su salud. De ahí, que lo anterior sea concebido como un fundamento sólido para desistir del contrato, abonando la prestación debida.

No obstante, debe tomarse en cuenta la peculiar entidad del consentimiento en el contrato médico, consentimiento que acompaña a las diversas fases de la actividad médica²⁰⁸, debido a la importancia que tiene sobre los bienes esenciales de la personalidad en el ámbito de la vida y la integridad física.

De modo que, cuando el médico presta su servicio como incardinado en una compañía sanitaria, existe una relación laboral con esas entidades y la relación con los pacientes no es contractual. Es decir, que la relación contractual en este supuesto existirá entre la compañía sanitaria y los pacientes. De forma tal, que aquélla prestará esa actividad contractual a través de sus médicos, sin perjuicio de que los daños originados por éstos al paciente sean resarcidos directamente ya por la entidad -vía contractual- o ya por el médico -vía *aquiliana*-. De forma tal, que si lo realiza la compañía sanitaria a ésta le quedará el derecho de repetición -es decir, la acción de reembolso- frente al médico culpable o negligente.

A mayor abundamiento, llama la atención que nuestro CC regule de forma escasa esta cuestión dentro de su articulado, y que además para ello se realice a través de unos preceptos que presentan una difícil aplicación a esta cuestión.

En este punto, LLAMAS POMBO precisa que «*una cosa es la calificación jurídica de una realidad ajena a la calidad normativa aplicable y, otra muy distinta el que de "lege ferenda" se considere deseable una regulación más adecuada de la figura contractual en la que queda incardinada dicha realidad*»²⁰⁹.

También, y desde el punto de vista de la jurisprudencia se avala esta teoría²¹⁰, ya que tras una primera época con cierta inclinación hacia el

²⁰⁸Así, GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica...*, op. cit., 1965, pp. 238 y ss.

²⁰⁹Op. cit., p. 129.

²¹⁰DE LA QUINTANA FERGUSON, op. cit., pp. 69 y 70.

mandato, posteriormente se ha manifestado cada vez más partidaria de la teoría del arrendamiento de servicios.

En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de junio de 1960*, precisó que:

«El contrato relativo a una profesión liberal no es otra cosa que un arrendamiento de servicios y la sola alusión por las deficientes normas del código acerca del contrato de servicio al de los domésticos, obreros, jornaleros o trabajadores asalariados, no quiere decir, por tanto, que los servicios de las profesiones liberales se hallen excluidos del ámbito de dicho contrato, ya que los términos amplísimos del art. 1544, abarcan los servicios de cualquier clase y jerarquía [...]».

También, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 18 de enero de 1941*, sostuvo que:

«El molde amplísimo del contrato de prestación o arrendamiento de servicios cobija, sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos, ejercen las llamadas profesionales y artes liberales [...]»²¹¹.

En suma, la diferencia entre el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios, se encuentra en el contenido de la prestación, de modo que en el arrendamiento de obra, se promete un determinado resultado, independientemente del trabajo necesario para su realización, mientras que en el arrendamiento de servicios, se promete una prestación del servicio en sí mismo considerado, con independencia de la conclusión del resultado.

En definitiva, superada la teoría del mandato como marco contractual de la relación entre médico-paciente, la teoría dominante en doctrina y jurisprudencia circunscribe dicha relación al contrato de arrendamiento de servicios, siendo de aplicación a todas las profesiones liberales debido a que

²¹¹ Esta sentencia ha sido ampliamente comentada por BONET RAMÓN, *op. cit.*, pp. 160 y ss., quien también se inclina por la teoría del arrendamiento de servicios. En jurisprudencia, *vid.*, entre otras, las SSTs, de Sala de lo Civil, de 08 de julio de 1927; de 09 de octubre de 1928; de 13 de junio de 1929; de 07 de noviembre de 1940; de 04 de febrero de 1950 y de 17 de abril de 1952.

éstos pueden ser tanto manuales como intelectuales, quedando incluida «per se» la relativa a los médicos.

3.3. El Contrato de trabajo

El contrato de trabajo, en términos generales se refiere a todas aquéllas situaciones en las que un trabajador de forma voluntaria, presta sus servicios por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona –física o jurídica-, denominada empresario [arts. 1.1 y 1.2 ET²¹²]. De ahí, que la característica fundamental de este tipo de relación quede circunscrita a la dependencia o subordinación.

A mayor abundamiento, el contrato de trabajo presenta ciertas consecuencias en el orden jurídico que, no tienen lugar en la relación médico-paciente. Como sería el caso, por ejemplo, de los honorarios del facultativo tomando como punto de referencia el salario mínimo interprofesional o, el caso de que, al cesar la relación, o iniciarse la misma el cliente lo diese de alta o procediese al despido del facultativo.

No obstante, la nota de subordinación que se predica del contrato de trabajo, indudablemente, es la que nos aparta de raíz de esta teoría, debido a que la actividad laboral de los profesionales liberales se realiza tanto sin vínculos de subordinación como con una amplia discrecionalidad médica.

Así, GITRAMA GONZÁLEZ precisa que, aunque cabe la posibilidad de que el facultativo trabaje bajo la organización y dirección de los responsables de un hospital o de un determinado servicio o sección de éste, lo cierto es que el empresario que organice o dirija pueda ser el paciente, resulta un disparate que no requiere de comentario alguno. Y, añade que «*quien da órdenes, quien dicta prescripciones, quien dispone lo que ha de hacerse es el facultativo*»²¹³.

Por su parte, MONTOYA MELGAR precisa que «*en todo caso, es el facultativo el que trabaja por cuenta ajena de la Seguridad Social, por ejemplo, pero nunca por cuenta ajena del paciente. La misma terminología*

²¹² Texto Refundido Real Decreto 2/2015, de 23 de octubre.

²¹³ *Configuración jurídica de los servicios...*, op. cit., 1965, p. 360.

cliente, profesión liberal [...], excluye al médico de la contratación laboral respecto del paciente, al realizar su actividad sobre la base de una organización propia de la que es titular, al igual que lo es de la utilización patrimonial de su trabajo»²¹⁴.

En definitiva, en el caso del médico anestesista, y su extrapolación al ámbito médico, al tratarse el ejercicio de su actividad como una profesión liberal que, indudablemente, goza de un cierto margen de independencia en el ejercicio de su práctica, origina que en la delimitación de la relación civil de arrendamiento de servicios y de la relación laboral del contrato de trabajo, se presenten ciertas dificultades, debido a que las profesiones liberales como ya se argumentó quedaban de antaño excluidas de raíz del contrato de trabajo.

3.4. El Contrato Innominado

El contrato innominado es concebido como aquél carente de nombramiento en la Ley, de forma tal, que carece de nombre específico. De ahí, que la mejor doctrina²¹⁵ partiendo de las peculiaridades que rodean a la relación entre médico-paciente, haya sopesado la posibilidad de que el contrato celebrado por las partes pudiese tener cabida dentro de los denominados innominados -en el sentido de sinónimo de contrato atípico-, y por tanto, no subsumible en ninguna de las categorías que recogen los códigos civiles, justificado ello en las dificultades que plantean las hipótesis típicas.

En este sentido, LLAMAS POMBO²¹⁶ precisa que la idea de calificar el contrato innominado es tentadora, debido a que constituye el camino más corto para salvar las asperezas encontradas al encuadrar la relación médico-

²¹⁴ *Problemi della responsabilità i del danno*, Torino, 1952, p. 279.

²¹⁵ *Vid.*, SAVATIER, Jean: *La profesión libérale. Étude juridique et pratique*, París, 1947, pp. 209 y ss., y, SAVATIER, AUBY y PEQUIGNOT, *Traité de Droit...*, *op. cit.*, 1956, pp. 213 y ss.; PENNEAU, *op. cit.*, 1977, p. 23; KORNPBST, *op. cit.*, pp. 148 y ss. y, MAZEAUD y TUNC, *op. cit.*, p. 185.

²¹⁶ *Op. cit.*, p. 135.

paciente en otros tipos de contratos²¹⁷, es decir, en el contrato de arrendamiento de obra o en el contrato de arrendamiento de servicios.

Sin embargo, conviene precisar que con independencia de la utilidad práctica que comporta inclinarse por una u otra hipótesis, la solución más idónea posiblemente no tenga por qué ser la más acertada y, en consecuencia, tal actitud posiblemente nos llevaría a sostener la afirmación de la existencia de infinitos contratos innominados, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, originando lo anterior el hecho de que las figuras típicas del CC no tuviesen más aplicación que unos cuantos supuestos que se encuentran perfectamente estereotipados.

Por su parte, PRIETO CASTRO oponiéndose a la hipótesis del contrato innominado, precisa que: *«Sin duda, está operando una mentalidad heredada por los juristas, que prefieren solucionar problemas como el que examinamos acudiendo al contrato atípico o al especial o al sui generis, porque así la Ciencia Jurídica parece como si se manifestase más exacta. Pero a nuestro juicio se trata de un error. Los hechos del mundo real, que han de ser sometidos a normas jurídicas, en nuestro caso situadas en el ámbito del Derecho de obligaciones y de responsabilidad contractual y extracontractual, no pueden ser violentadas, y si tales hechos de una actividad profesional se prestan, por su naturaleza, a diversas calificaciones jurídicas ya conocidas, así se debe hacer, creyendo nosotros que la Ciencia del Derecho no padece por ello de exactitud; antes al contrario»*²¹⁸.

También, el TS se ha ocupado de esta cuestión, descartando de raíz la hipótesis del contrato innominado²¹⁹.

De lo anterior, se desprende que el contrato médico podrá constituir un arrendamiento de servicios o de obra, en función de que las obligaciones contraídas por el médico sean de medios o de resultados. En este sentido, y

²¹⁷ También, PUIG BRUTAU, José (en *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, 1.ª ed., p. 386) concluye que *«la calificación de contrato innominado es muy razonable»*.

²¹⁸ *Responsabilidad médica. Proceso médico*, Discurso de contestación al leído por el Profesor Dr. Bonet Ramón, el 27 de octubre de 1973, en la Real Academia de Jurisprudencia, RDProc, núm. 1975. p. 723.

²¹⁹ En este sentido, *vid.*, la ya mencionada STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 18 de enero de 1941.

partiendo de tales premisas, MOSSET ITURRASPE²²⁰ se ha propugnado -con desacierto- a favor del «contrato multiforme».

A tal respecto, ATAZ LÓPEZ precisa que «*en cada caso concreto el contrato sería uno u otro –se refiere al arrendamiento de obra o de servicios-, pero nunca hay un solo contrato con muchas formas*»²²¹.

También, DE CASTRO puntualiza que «*este tipo de contrato es en la mayoría de los supuestos un arrendamiento de servicios, pero en el que a menudo se mezclan elementos atípicos o con causa mixta. No tiene demasiado valor técnico-jurídico la expresión contrato multiforme*»²²².

Así, ATAZ LÓPEZ²²³ se inclina por otra de las variantes que conforman el contrato innominado, al sostener que el contrato médico-paciente es un contrato mixto, debido a que alude a la distinción entre contratos atípicos absolutos y aquéllos que son resultado de la combinación de elementos que claramente corresponden a contratos típicos.

No obstante a lo anterior, conviene precisar que aunque todo contrato aunque no sea exactamente idéntico a los tipificados por nuestro CC podría ser calificado de mixto, lo cierto es que esta categoría aun a pesar de tener su utilidad no puede convertirse en un cajón de sastre, debido a que podría atentar incluso contra la seguridad jurídica.

En definitiva, la calificación de la relación como innominada o nominada, dependerá de la conclusión adoptada sobre su naturaleza jurídica y, en caso de que dicha relación no encaje en ninguno de los contratos contemplados por ley, nos encontraremos ante un contrato de carácter innominado. Por tanto, los contratos realizados por profesionales únicamente podrán tener tal consideración, cuando no encajen en ningún tipo contractual como el mandato o la prestación de servicios.

²²⁰ *Responsabilidad civil del médico, Seguros y Responsabilidad Civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 104.

²²¹ *Op. cit.*, p. 143.

²²² *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 206.

²²³ *Op. cit.*, p. 146.

3.5. El Contrato «sui generis»

La referencia a este contrato se realiza por su consideración como una especie en su género del contrato innominado, debido a que este último se diferencia del contrato «sui generis» por carecer del carácter especial o extraordinario que las partes pactan.

Esta consideración ha provocado en doctrina²²⁴ que algunos autores estimen el contrato médico-paciente como un contrato «sui generis», con ciertas particularidades y aprecien que los actos relativos al ejercicio de la profesión médica no pueden ser incluidos en el parámetro de un contrato determinado, sino que constituyen una nueva figura contractual con sustantividad propia e independiente de los moldes contractuales establecidas en las legislaciones modernas provenientes de la jurisprudencia romana y, en consecuencia, deban regirse por las reglas del derecho común en materia de obligaciones.

La doctrina²²⁵ francesa ha calificado el contrato médico como un contrato «sui generis», apoyándose en la determinación del alcance que se daría a dicha locución «sui generis»²²⁶.

JORDANO BAREA, sostiene que «*tal apelativo parece un término inexpresivo*»²²⁷. Por su parte, GITRAMA GONZÁLEZ sin asignarle una connotación jurídica relevante, precisa que «*posiblemente dicha acepción se ha utilizado para referirse a las extraordinarias peculiaridades que se dan cita en el arrendamiento de servicios médicos, del que se afirma que es un contrato de rango ciertamente elevado sobre el común de los demás en cuanto que los deberes de prestación de una de las partes recaen sobre un objeto tan cualificado como el cuerpo humano*»²²⁸.

²²⁴ Vid., LESAGE-JARJOURA, Pauline: *Éléments de responsabilité civile médicale*, Ed, Yvon Blais, Québec, 1995, 3.ª ed., p. 63.

²²⁵ Vid., SAVATIER, René: *Responsabilité médicales. Jurisclasseur de la responsabilité civile et des assurances*, T IV, 1951, pp. 372 a 377.

²²⁶ Así, MALAURIE YAYNÉS, *op. cit.*, p. 23.

²²⁷ *Los contratos atípicos*, en *RGLJ*, Madrid, 1953, p. 59.

²²⁸ *Configuración jurídica...*, *op. cit.*, 1956, p. 373.

No obstante, algunos autores²²⁹ juzgan dicha expresión como más o menos equivalentes a la de contrato atípico, por ser éste un vocablo más preciso.

3.6. El Contrato Atípico

El contrato innominado puede tener la consideración de contrato atípico y también «sui generis».

En este sentido, la doctrina ha precisado que las definiciones de este contrato giran en torno a dos precisiones: De una parte, que el instrumento jurídico mencione el contrato y, de otra, que lo reglamente.

Para un sector doctrinal²³⁰, es concebido como aquel contrato para el cual la ley no ha predispuesto una particular disciplina jurídica o como contratos carentes de regulación específica. Mientras que por otros autores²³¹, también ha sido definido como un contrato que aun teniendo un nombre específico o denominación jurídica perfectamente acuñados y que lo identifican en el tráfico, carece, sin embargo, de una disciplina normativa propia, inexistente en los códigos y leyes especiales.

Para otro sector doctrinal²³² y, en el entendido de ambas notas, lo definen como un contrato carente de reconocimiento legal y de disciplina normativa.

En suma, la diferencia entre unos u otros tipos de contrato, indudablemente, radica en que el contrato innominado no es nombrado por la Ley, mientras que el contrato atípico es nombrado, pero no reglamentado y el contrato «sui generis» pudiendo estar en alguno de los dos anteriores, presenta la peculiaridad de algo extraordinario.

²²⁹ *Vid.*, ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 373.

²³⁰ *Vid.*, MESSINEO, Francesco: *Il contratto in genere*, T I, Ed. Milano, Milán, 1973, p. 683 y, CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, p. 467.

²³¹ *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, José Luís: *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de Obligaciones*. Parte General. Teoría del contrato, Vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, 3.ª ed., revisada sobre la anterior por SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVARRÍA, RAMS ALBESA Y RIVERO HERNÁNDEZ, p. 514.

²³² *Vid.*, DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Las relaciones obligatorias, Vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 244.

En definitiva, en relación con el contrato médico, se considera que a pesar de que el comportamiento del profesional médico engloba múltiples posibilidades de prestación indudablemente en cada caso concreto puede delimitarse su naturaleza jurídica.

II. EL CARÁCTER CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ANESTESISTA

En la actualidad, el anestesista ocupa una posición especial por razón de la autonomía alcanzada por la especialidad, de forma tal que se establece un acto de carácter separado, con la finalidad de determinar su responsabilidad y no la del cirujano. Demostrada la causalidad exclusiva del acto anestésico, sin la concurrencia del cirujano, es decir, sin que éste practique actos o emita ordenes contrarias a lo recomendado por el anestesista, no hay razón para la imputación del cirujano. No obstante, conviene precisar que si fue él quien escogió al anestesista no cabe la menor duda de que podrá responder por la culpa <in eligendo>.

Una de las cuestiones más debatidas sobre la responsabilidad del anestesista, se centra en determinar si éste responde de forma contractual o extracontractualmente.

Esta cuestión ha sido solventada por la doctrina²³³, justificándose en la distinción de dos hipótesis, es decir, según medie o no contrato con el mencionado facultativo. En este sentido, esta vertiente doctrinal sostiene que cuando el cirujano informa al paciente sobre el extremo de quién será el anestesista se presenta una relación de carácter contractual, mientras que para el supuesto de que el cirujano no aluda a la persona del anestesista aquél deberá responder por los actos dolosos o culposos del segundo.

En este punto, la jurisprudencia francesa ha resuelto dicha cuestión en el entendido de que entre el paciente y el anestesista se presume la existencia de un contrato de carácter tácito, en los casos en que razonablemente debe hacerse. Esta postura se justifica en que ciertamente el paciente presta su consentimiento para la cirugía con la intervención del

²³³ Vid., CASTAÑO DE RESTREPO, Patricia: *Derecho Médico-Sanitario: Actualidad, Tendencias y Retos*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 159.

anestesiista indicado-ya por su cirujano o ya por el centro hospitalario- y, el anestesiista acepta a participar en el acto médico quirúrgico.

Por otra parte, y como es sabido el contenido de la responsabilidad médica y, más concretamente la de los anestesiistas, parte del presupuesto de que, como toda hipótesis de «mala praxis» médica, le son de aplicación los mismos principios comunes que son de información a la responsabilidad civil general.

Por cuanto atañe al tipo de contrato entre anestesiista-paciente, en la práctica como norma general, la expectativa del paciente se asienta directamente sobre el médico, siendo escasas las ocasiones, en las que el paciente se informe sobre quién es la persona del anestesiista.

Como se ha anunciado en líneas previas el anestesiista se configura como un médico autónomo del equipo quirúrgico, lo que implica que ostente obligaciones propias y diferentes y, por tanto, responsabilidades en idéntico sentido.

A mayor abundamiento, téngase presente que la tecnología y el avance del conocimiento médico ha operado una división del trabajo en equipos especializados, considerándose que la existencia en la cirugía da un concepto de equipo quirúrgico único que involucra al anestesiista y al cirujano.

De esta forma, en la gran mayoría de las ocasiones el anestesiista asiste al acto quirúrgico, llamado directamente por el cirujano o por el centro hospitalario, lo que implica una diversidad de posibilidades jurídicas.

En virtud de lo anterior, la doctrina²³⁴ sostiene que tres son los supuestos que podrían tener cabida. Son:

De una parte, que el anestesiista sea contratado directamente con el paciente; De otra, que exista una estipulación a favor de tercero, donde el cirujano o el centro hospitalario contraten al anestesiista y, finalmente, que se trate de un mandato que otorga el paciente al cirujano dentro del contrato

²³⁴ *Vid.*, *Ibíd.*, *op. cit.*, p. 159.

que ambos realizan para que el cirujano se encargue de buscar al anestesista. Supuesto último en el que la obligación del cirujano será indudablemente mayor, debido a que debe realizar la diligencia de búsqueda, de forma tal, que debe encontrar un anestesista bien calificado, este hecho justifica su participación en la responsabilidad por «mala praxis» anestésica.

No obstante, a lo anterior una parte doctrinal²³⁵ acertadamente sostiene que dos son las posibles alternativas, debido a que las dos últimas se conciben como una misma disyuntiva, puesto que en ambos supuestos el anestesista se encuentra incluido dentro del propio equipo médico.

En este sentido, LLAMAS POMBO precisa que «*el anesthesiólogo normalmente trabaja junto a un cirujano, cuya misión aparece como más decisiva frente al paciente, derivando un importante problema: la relación jurídica anesthesiólogo-enfermo*» y, añade que «*lo frecuente será la realización de un contrato paciente y cirujano, con lo que, aparentemente, la relación con el anesthesiólogo sería de naturaleza extracontractual*». Sin embargo, este autor matiza que «*no parece muy lógico afirmar la existencia de dos relaciones jurídicamente tan diferentes respecto del paciente entre cirujano y anestesista, cuando realizan juntos su tarea, incluso simultáneamente, y sin ningún elemento de subordinación, que pudiera hacer pensar en la figura del auxiliar, sobre todo cuando ello representa una duplicidad en los regímenes de responsabilidad civil*»²³⁶.

A mayor abundamiento, existe un amplio consenso doctrinal que sostiene que las prestaciones médicas reconocen, en la mayoría de supuestos, un origen definitivamente convencional, justificándose con ello que la responsabilidad médica de dichas prestaciones sea de carácter contractual.

Así, SAVATIER²³⁷ en el esfuerzo de encontrar una cobertura contractual a la relación entre anesthesiólogo reanimador y paciente, se inclinó por la

²³⁵ Así, *vid.*, las aportaciones de GARRO DE LA COLINA, Gregorio: *El médico ante la mala praxis*, Ed. La Rioja, Argentina, 2012, 1.ª ed., p. 437.

²³⁶ *Op. cit.*, p. 394. También, VILAR, *op. cit.*, p. 764.

²³⁷ *L'évolution de la responsabilité...*, *op. cit.*, p. 59.

figura de la estipulación en favor de tercero, la cual supone una importante cortapisa al principio de disociación de las responsabilidades del cirujano y del anestesista²³⁸.

En este sentido, DÍEZ PICAZO precisa que «*el mecanismo es sencillo, el cirujano (estipulante), concierta con el anesthesiólogo (promitente) una obligación de prestación de servicios de anestesia en provecho del paciente, tercero beneficiario, lo que encaja perfectamente en la figura consagrada por el artículo 1257²³⁹ CC*». Además, añade que «*en cuanto a la aceptación del beneficiario que menciona dicho precepto, sin perjuicio de que no constituya elemento integrante del contrato a favor del tercero, ni requisito para su perfección, puede entenderse que existe de forma tácita al menos, cuando el paciente se somete voluntariamente a los exámenes y pruebas pre-anestésicas y pre-operatorias que realiza el anesthesiólogo*»²⁴⁰.

LLAMAS POMBO sostiene que a lo anterior se añade el problema de los honorarios devengados como consecuencia de la actividad del anesthesiólogo, precisando que «*no es posible admitir el nacimiento de una obligación de pago de tales emolumentos en la que el paciente sería el deudor en virtud de ese contrato a favor de tercero. El beneficiario solo es acreedor de la prestación convenida entre estipulante y promitente, pero no contrae deuda u obligación alguna frente a ellos*»²⁴¹.

En suma, téngase presente que dicha prestación de servicios realizada por el anestesista-reanimador no parece constituir objeto de una estipulación en favor de tercero, debido a que todo apunta a que su objeto, se mueve en un plano –aunque no de forma exclusiva– económico-

²³⁸ Esta teoría ha sido rechazada por dicho motivo por la jurisprudencia francesa, en la Sentencia de Casación, de 27 de junio de 1970. También, los tribunales italianos se han apartado de dicha teoría, por considerarla contraria al principio de libre elección del médico por parte del paciente, de conformidad con su Código de Deontología Médica. En doctrina, entre otros, *vid.*, PRINCIGALLI, *op. cit.*, p. 251.

²³⁹ Establece el precepto que «*Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada*».

²⁴⁰ *Fundamentos del Derecho...*, *op. cit.*, 1993, pp. 286 y ss.

²⁴¹ *Op. cit.*, p. 395.

patrimonial. Además, de que entre el médico y el anestesista no existiría una estipulación propiamente dicha, sino una unión de esfuerzos dentro del equipo médico, con la finalidad de alcanzar mejorar o curar la salud del paciente.

También y, por lo que se refiere concretamente al médico-anestésista, y en busca de una relación de carácter contractual bilateral entre anestesiólogo y paciente, LLAMAS POMBO se plantea la posibilidad del mandato en los términos siguientes: «*cuando el paciente acuerda con el cirujano los términos del arrendamiento de servicios, en virtud del cual se va a realizar la intervención quirúrgica otorga también un mandato para que el cirujano escoja un anestesiólogo*»²⁴².

En este sentido, el mencionado autor²⁴³ precisa que, el cirujano cumple dicho mandato al realizar la elección del especialista con la debida cualificación profesional y, verificada la misma queda exonerado de toda responsabilidad en cuanto a la situación del anestésista; y, añade que, el contrato de servicios médicos realizado entre paciente y anestesiólogo a través del cirujano mandatario, se puede considerar ratificado de forma tácita desde el mismo momento en que el paciente se somete a los exámenes pre-operatorios efectuados por el anestésista, resolviéndose con ellos la problemática que planteaba el contrato a favor de tercero. Además, se parte de la premisa de que el mandato concuerda con aquella especial relación de confianza cuya existencia siempre se ha predicado entre médico-paciente.

Sin embargo, téngase presente que en la práctica la idea del mandato en estos términos, resulta forzada, debido a que lo normal es que el médico cirujano con el que contrata el paciente –salvo en la Seguridad Social- tiene como norma general su propio anestésista de confianza, siendo éste impuesto al paciente. Y, en consecuencia, la idea de que rija el contrato en estos supuestos quiebra, debido a que el anestésista es impuesto y elegido por el propio cirujano.

²⁴² *Ibídem, op. cit.*, p. 395.

²⁴³ *Ibídem, op. cit.*, p. 395.

En suma, la figura de la estipulación en favor de tercero se desestima por entender que la relación entre el cirujano y el anestesista es concebida como una unión de esfuerzos, con el objeto de paliar, mejorar o curar la dolencia acaecida en el paciente. De igual manera el contrato de mandato en esta figura no es lo más aconsejable, debido a que el anestesista es impuesto y elegido no por el propio paciente, sino por el propio cirujano o por el centro hospitalario.

En definitiva, la actividad del médico anestesista podrá tener cabida en el contrato de arrendamiento de servicios, siempre y cuando sea elegido directamente por el paciente, debido a que regirá un contrato realizado entre las partes y, consecuentemente, su responsabilidad será de carácter contractual. Mientras que para el caso de imposibilidad de elección de este facultativo por el paciente –al ser impuesto directamente por el médico jefe o bien por el propio hospital- regirá la responsabilidad de carácter extracontractual y la culpa o negligencia médica en que incurra el anestesista deberá ser exigida a través de la *vía de la culpa* «aquiliana».

De ahí la importancia que adquiere la aplicación de las condiciones de la responsabilidad «aquiliana» en la relación médico-sanitaria, debido a que en ésta la llamada culpa médica cobra una especial importancia. Téngase presente que esta culpa médica, en general, encuentra su origen, en el incumplimiento del deber de actuar con la diligencia propia del buen médico y, en particular, de los deberes médicos, debido a la acomodación acaecida por la actividad médica a la «lex artis».

Para finalizar, conviene precisar que se parte de la premisa de que esta relación médico-paciente no siempre tiene origen en la espontaneidad y en la autonomía de las partes contratantes, debido a que en ocasiones proviene de una relación extracontractual, mediante la existencia de un tercero. Siendo este tipo de relación la manera más frecuente de establecer la que se origina en anestesiología.

CAPÍTULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CULPA EN ANESTESIOLOGÍA

I. PARTICULARIDADES DEL CONTENIDO DE LA PROFESIÓN ANESTÉSICA

En primer término, tal y como los propios profesionales de la medicina lo señalan «*los cuidados anestésicos abarcan el periodo per-operatorio completo, con inclusión de la valoración pre-operatoria, selección de vigilancia apropiada en el per-operatorio, administración de la anestesia y cuidados post-operatorios relativos a la anestesia*»²⁴⁴.

En este sentido, TORREGROSA ratifica que «[...] *el acto anestésico comprende prácticamente todo lo que el anestesista hace desde la evaluación pre-operatoria hasta el post-operatorio [...]*»²⁴⁵.

De forma tal, que todas las etapas que comprende la gestión profesional del anestesista poseen una transcendencia médica de carácter superlativo. Así, DRIPPS, ECKENHOFF Y VANDAM, han precisado que «*la anestesia tiene una importancia mayor, puede administrarse con destreza, pero es principalmente la calidad del cuidado pre-anestésico y post-anestésico el que rige en gran parte si el resultado final del acontecimiento es satisfactorio*» y añaden que «*este enfoque global de la anestesia ha disminuido el número de complicaciones intra-operatorias y la morbilidad y la mortalidad post-operatoria; a pesar de las edades extremas y de la mayor*

²⁴⁴Así, SCHWARTZ, SHIRES y, SPENCER, *op. cit.*, p. 120.

²⁴⁵ Evaluación del riesgo operatorio, en «Actas del XXV Congreso Argentino de Anestesiología», Buenos Aires, 1995, p. 3.

gravedad de la enfermedad en pacientes que llegan a la sala de operaciones»²⁴⁶.

Por su parte, ENTRUP y DAVIS, sostienen que *«las complicaciones en el periodo per-operatorio tienen importancia y consecuencias transcendentales para el paciente, el cirujano y el anestesista. La influencia de la anestesia en el pronóstico comienza con la entrevista pre-operatoria y abarca más allá del período post-operatorio»²⁴⁷.*

Conviene precisar que ese elenco de funciones quedan circunscritas, indudablemente, a la competencia y responsabilidad del médico anestesista-reanimador, tal y como se desprende de la ya mencionada Resolución de 15 de julio de 1986, donde se establecen los criterios de esta especialidad por el Ministerio de Sanidad y Consumo, del Ministerio de Educación y Ciencia y del Consejo Nacional de Especialidades. También, ha sido declarado así por nuestros tribunales de justicia²⁴⁸.

No obstante, aunque son de aplicación en la interpretación de la culpa en que puede incurrirse en las prácticas anesthesiólogas los mismos principios comunes a la responsabilidad civil, lo cierto es que en atención a las características particulares que presenta cada uno de estos periodos, lo propio es analizarlos por separado.

De forma tal, que a continuación se procederá a analizar la responsabilidad en que pueden incurrir estos profesionales en función de los diferentes momentos en que desarrollan su actividad y, en este sentido,

²⁴⁶ *Anestesiología*, Interamericana, Mc Graw-Hill, México, 1989, 4.ª ed., p. 13.

²⁴⁷ «Complicaciones perioperatorias de la anestesia», en *Clínicas Quirúrgicas Norteamericanas*, núm. 6, 1991, p. 1205.

²⁴⁸ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de julio de 1998 [RJ 1998\6453], ha establecido que *«para una actividad profesional correcta en anestesiología, se requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos: 1. El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente. 2. Los estándares para la valoración pre-operatoria, pruebas complementarias pre-operatorias, per-anestesia y cuidados post-anestésicos, en cuyo apartado se incluirá: a) la evaluación pre-anestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) per-anestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de líquidos».*

tres son las situaciones particulares o etapas que integran la actividad del médico anestesista: la pre-anestesia, la anestesia y la post-anestesia.

1. LA PRE-ANESTESIA

La Pre-anestesia se caracteriza como el periodo que transcurre desde que se inicia la relación con el paciente y se decide la práctica a utilizar, hasta el momento de la administración de la droga anestésica.

En este sentido, URRUTIA considera que la importancia jurídico-médica que presenta esta etapa permite afirmar que *«todo paciente debe ser visto por un anestesista antes de la operación, por lo que habrá de descontarse que las responsabilidades de los anestesistas comienzan antes que el paciente llegue al quirófano»*²⁴⁹.

También, FREY; HÜGIN; BENZER y MAYRHOFER precisan que *«la acusación más frecuente radica en que el paciente no ha sido examinado, o lo ha sido de forma insuficiente, antes de la narcosis»*²⁵⁰.

Por tanto, siguiendo a diversos autores resulta necesario partir del reconocimiento de que la evaluación de los pacientes durante el periodo pre-operatorio por el anestesista y los cuidados suscitados de ésta, contribuyen otorgando una cierta seguridad a los procedimientos anestésico-quirúrgicos, debido a que la asistencia anestésica óptima encuentra su base en la identificación completa de los riesgos²⁵¹.

Por otra parte, en la etapa pre-anestésica los principales objetivos que comporta la actividad del anestesista, quedan circunscritos, entre otros, a los siguientes: ponerse en contacto con el paciente con la pretensión de evaluar por medio del examen clínico y los análisis complementarios, el estado psicofísico del paciente, sus afecciones previas, la ingestión de medicamentos [...], con la finalidad tanto de seleccionar el tipo de anestesia

²⁴⁹ *Op. cit.*, p. 159.

²⁵⁰ *Tratado de anestesiología, reanimación y tratamiento intensivo*, Ed. Salvat, Barcelona, 1976, p. 1060.

²⁵¹ En este sentido, *vid.*, HARDY, *op. cit.*, p. 366; ELENA, Gustavo: «El anestesiólogo, la relación médico-paciente y el consentimiento informado», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 51, núm. 2, Buenos Aires, 1993, pp. 65 y 66.

o analgesia y las drogas más convenientes, como de prever los posibles riesgos a que puede quedar expuesto²⁵².

Asimismo, téngase presente que los cuidados pre-anestésicos también son de suma importancia desde el punto de vista jurídico-médico, debido a que la mera omisión de los mismos, comporta que el médico anestesista incurra en culpa profesional. Amen, de que la atención pre-anestésica debe considerarse como ineludible en caso de cirugías programadas, mientras que en situaciones de urgencia quirúrgica -en función de la necesaria intervención- deberán realizarse -según el caso concreto- los exámenes que sean necesarios y factibles²⁵³.

Respecto a la anamnesis y al examen físico, conviene destacar la importancia de la exploración física y del “interrogatorio” al que debe ser sometido el paciente, debido a que ello indudablemente implica su adecuada atención por parte del facultativo.

Téngase presente que lo anterior no implica en ningún momento una duplicación de la valoración ya realizada por el cirujano, sino que su pretensión queda circunscrita al examen -de forma específica- de los aspectos pertinentes de la anestesia, debido a que la valoración pre-operatoria por el anestesista es considerada como una norma en esta disciplina²⁵⁴.

Por cuanto atañe a los exámenes complementarios y de laboratorio, conviene matizar que en éstos podrán ser incluidos los estudios simples, como sería el caso, por ejemplo, de análisis de sangre, radiografías de tórax, electrocardiogramas [...]. Asimismo, y aunque no es usual la práctica de exámenes de carácter especial o de estudios de laboratorios ordenados por estos especialistas, lo cierto es que las referencias derivadas de la realización de los exámenes físicos o de la anamnesis podrían recomendar su realización.

²⁵² Para un estudio más detallado, *vid.*, DESCHAMPS, GRINFELD, ORTÍZ y, Wilks, *op. cit.*, p. 156.

²⁵³ Así, PÉREZ DE LEAL, Rosana: *Responsabilidad civil del médico*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995, p. 168.

²⁵⁴ En esta línea, *vid.*, SCHWARTZ, SHIRES, SPENCER y, STORER, *op. cit.*, p. 401.

En este sentido, HANQUET ha precisado que *«éstos estarían indicados en presencia de patologías concomitantes, como las respiratorias, las cardiovasculares y/o de cualquier otro tipo, así como de situaciones especiales no patológicas»*²⁵⁵. A lo anterior, siguiendo a GOODMAN Y GILMAN²⁵⁶ conviene aludir que la detección anticipada de hipersensibilidad a los anestésicos puede originar incluso una reacción anafiláctica de carácter mortal.

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, entre las reacciones adversas a las drogas se encuentran aquéllas que son resultado de una respuesta cualitativamente diferente de la esperada. Si bien, esas respuestas, con algunas salvedades, son calificadas como reacciones alérgicas, o desencadenadas por mecanismos diferentes que comportan la liberación de mediadores de carácter químico preformado o sintetizado durante el proceso y, que son responsables en definitiva de una sintomatología común.

Asimismo, los riesgos que comportan como norma general son debidos, de una parte, a las sustancias utilizadas para efectuar una anestesia con medicamentos de potencial alérgico y liberador de histamina y, de otra, por el hecho como FREYRE DUARTE precisa de que *«estas reacciones de tipo alérgico [...] se van tornando cada vez más frecuentes en el periodo peri-anestésico. El aumento del número de cirugías, el mayor número de actos quirúrgicos realizados en un mismo individuo, el empleo creciente de sustancias histamina-liberadoras y un mayor conocimiento respecto de las referidas reacciones alérgicas justifican dicho hecho»*²⁵⁷.

Por lo que a la medicación pre-anestésica se refiere, conviene puntualizar que en esta etapa lo propio es que el especialista establezca la medicación pre-anestésica, incluyendo como tal las drogas que deben ser suministradas al paciente con anterioridad a la anestesia, con la finalidad de facilitar el comienzo y el mantenimiento de la misma.

²⁵⁵ *Op. cit.*, p. 35. En idéntico sentido, *vid.*, DESCHAMPS, GRINFELD, ORTÍZ y, WILKS, *op. cit.*, p. 156.

²⁵⁶ *Op. cit.*, p. 305.

²⁵⁷ «Reacciones alérgicas en anestesia», en *Actas del XXV Congreso Argentino de Anestesiología*, Buenos Aires, 1995, p. 8.

En este sentido, la mejor doctrina²⁵⁸ ha advertido que, por lo general, son administradas con finalidades de sedación e inducción de amnesia, combinación que comporta un alivio a la ansiedad a que queda o puede quedar expuesto el paciente.

A mayor abundamiento, y siguiendo a diversos autores²⁵⁹, conviene precisar que la pre-medicación dependerá fundamentalmente de las características que presente cada paciente, así como del tipo de intervención quirúrgica a que éste sea sometido. No obstante, en la actualidad, aunque la amplia variedad de regímenes anestésicos utilizados pone de manifiesto el desacuerdo existente respecto de las combinaciones más óptimas, lo cierto es que los agentes anestésicos pre-operatorios, suelen ser prescritos en combinación, incluyendo sedantes, tranquilizantes, narcóticos y alcaloides de belladona, quedando la decisión final en manos del criterio del anestesista.

De ahí, que las consecuencias que puedan derivarse de la inadecuada selección de las drogas pre-anestésicas utilizadas, sean directamente atribuidas al profesional.

2. LA ANESTESIA

La anestesia ha sido definida por DESCHAMPS «*como un estado caracterizado por hipnosis, analgesia y relajación muscular, producto de la depresión del sistema nervioso central por sustancias administradas con ese fin, que deben tener la característica de ser efecto reversible, de baja toxicidad y de escasos efectos colaterales*»²⁶⁰.

De forma tal, que el acto anestésico se erige como la parte central de la prestación efectuada por estos especialistas, así como la etapa donde se originan con mayor frecuencia las complicaciones. De ahí, que durante este acto sea cuando se generen más hipótesis de responsabilidad para estos especialistas.

²⁵⁸ *Vid.*, entre otras, las aportaciones de: SCHWARTZ, SHIRES, SPENCER y STORER, *op. cit.*, p. 402.

²⁵⁹ Así, SNOW, *op. cit.*, pp. 11 y 14; GOODMAN Y GILMAN, *op. cit.*, p. 271 y, DRIPPS, ECKENHOFF y VANDAM, *op. cit.*, p. 37.

²⁶⁰ *Op. cit.*, p. 146.

Respecto de los tipos que comprende básicamente la anestesia²⁶¹, se pueden enumerar, como fundamentales: la general, la regional, la local y la raquídea. Si bien, y por cuanto a sus formas de administración entendemos que, como norma general, son: la inhalación, intravenosa, intramuscular, oral y rectal. Y, asimismo, el acto anestésico comprende: la inducción de la anestesia, la intubación endotraqueal y la conservación de la anestesia²⁶².

Por cuanto atañe a la elección del tipo de anestesia, la mejor doctrina²⁶³ sostiene que aunque esta decisión, en principio, debe corresponder al especialista, lo cierto es que éste deberá tener en cuenta –en tanto sea posible– la opinión del propio paciente. Y respecto a la administración de la anestesia, conviene precisar que las emergencias que complican la administración de la misma, en principio, no serán imputables a los responsables técnicos, con la única salvedad de que les fuese atribuida por su desempeño culposo.

Así, FIRESTONE²⁶⁴ hace mención a un amplio elenco de emergencias, como sería el caso, por ejemplo de laringoespasma, broncoespasmo, aspiración, neumonías [...].

Por lo que a la responsabilidad del anestesista, téngase presente que será responsabilidad de este especialista verificar previamente el buen funcionamiento de los aparatos de anestesia a utilizar durante el acto quirúrgico, pudiendo quedar exento de tal responsabilidad únicamente en caso de que el fallo o deficiencia tenga su origen en un defecto de fabricación, así por ejemplo, piénsese en el caso de que los gases no fuesen correctamente identificados, supuesto en el que la responsabilidad recaerá indudablemente sobre el fabricante.

A lo anterior se añade además del control de la evolución de los signos vitales que evidencian los distintos periodos del acto anestésico. Así, DESCHAMPS acertadamente precisa «*la vigilancia de los signos que denotan el*

²⁶¹ Para una descripción detallada de los tipos de anestesia, *vid.*, HANQUET, *op. cit.*, p. 2.

²⁶² Para un estudio pormenorizado del acto anestésico, *vid.*, SCHWARTZ, SHIRES, SPENCER y, STORER, *op. cit.*, p. 404.

²⁶³ *Vid.*, DRIPPS, ECKENHOFF y VANDAM, *op. cit.*, p. 18.

²⁶⁴ *Procedimientos de anestesia clínica del Massachusetts General Hospital*, Ed. Salvat, Barcelona, 1988, p. 614.

estado de la circulación del paciente. Ellos son: presión arterial, pulso, color de la piel, temperatura, relleno capilar [...]. Esta vigilancia del estado cardiovascular adquiere relevancia cualquiera que sea el anestésico utilizado»²⁶⁵.

Para finalizar y por cuanto atañe a la vigilancia de la anestesia, téngase presente que se trata de un deber de carácter inexcusable para este facultativo, de forma tal, que éste deberá vigilar al paciente de modo permanente durante toda la anestesia.

Así, PÉREZ DE LEAL ha señalado que *«durante la insensibilización del paciente el especialista debe permanecer ininterrumpidamente en el quirófano o el lugar en que la práctica se realice, con la única salvedad de supuestos tales como monitorización a distancia de las funciones vitales del paciente, cuando exista riesgo cierto de contaminación por radiaciones, y otras escasas hipótesis asimilables»²⁶⁶.*

3. LA POST-ANESTESIA

La Post-anestesia, ha sido configurada por la doctrina como la fase en que *«la responsabilidad del anestesista incluye la atención del paciente mientras se restablece de los efectos de la anestesia»²⁶⁷*. De ahí, que *«finalizada la operación, el anestesista deba velar por la correcta recuperación del paciente, en especial de la estabilidad de sus funciones circulatorias, respiratorias y del sistema nervioso central y prevenir o tratar las manifestaciones secundarias y/o indeseables que aparezcan en dicha etapa del procedimiento anestésico quirúrgico»²⁶⁸.*

Respecto a la vigilancia post-anestésica, aunque el periodo que pasan los pacientes en la sala de recuperación, como norma general, no suele acarrear complicación alguna en la mayoría de los supuestos, lo cierto es que

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 148.

²⁶⁶ *Op. cit.*, p. 169.

²⁶⁷ PÉREZ DE LEAL, *op. cit.*, p. 170.

²⁶⁸ WIKINSI y ARLÍA, *op. cit.*, p. 57.

resulta conveniente la vigilancia del paciente por el anestesista y, sumamente necesario el registro de la evolución del paciente²⁶⁹.

Asimismo, esta etapa de la prestación anestésica deberá ser rigurosamente controlada, frente a la eventual aparición de complicaciones post-operatorias, tales como la obstrucción de las vías respiratorias superiores, la hipoxemia arterial, la alveolar, la hipotensión, las disritmias cardíacas o los delirios. De ahí, que las responsabilidades del anestesista no finalicen cuando el paciente sea transportado desde el quirófano hasta la mencionada sala, sino que deberá persistir la observación del paciente hasta que sea traspasado su cuidado a otra persona que sea competente.

En definitiva, el inadecuado control –ya por acción u omisión culposa– de la evolución post-anestésica del paciente podrá comprometer la responsabilidad del anestesista. De ahí, que el método más idóneo de evitar los riesgos de carácter legal quede circunscrito al conocimiento del paciente y a la observancia con una especial atención, durante el periodo post-operatorio del paciente, con la pretensión de prevenir las complicaciones ulteriores que se puedan suscitar como consecuencia del acto quirúrgico.

II. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Como principio general, la doctrina jurisprudencial del TS ha reiterado, que en relación a la valoración de la conducta de los profesionales sanitarios, ha descartado todo tipo de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere ni la presunción de culpa ni la inversión de la carga

²⁶⁹ En este sentido, DRIPPS, ECKENHOFF y VANDAM sostiene que «*al llegar a la sala de recuperación, el anestesiólogo deberá quedarse junto al paciente mientras lo requiera su estado en relación con problemas de anestesia, y hasta el momento que acepta la responsabilidad el personal de la sala de recuperación*» y, precisan que «*en el registro de esta sala tienen que incluirse datos sobre el nivel de conciencia del paciente y sus signos vitales, junto con la información acerca de los acontecimientos pertinentes de la anestesia y la operación, incluyendo agentes utilizados, dosis de fármacos administrados y líquidos intravenosos y componentes de la sangre inyectados. El anestesiólogo debe firmar el registro antes de abandonar al paciente*» (*op. cit.*, p. 414). Asimismo, estos autores, añaden que «*si hay inquietud acerca del estado del paciente, el anestesiólogo deberá permanecer junto a él*» (*op. cit.*, p. 52). Por su parte, BARBERA, Alberto (en «La anestesia no termina en la sala de operaciones. Consideraciones sobre la necesidad de los cuidados anestésicos postoperatorios», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 52, núm. 3, Buenos Aires, 1994, p. 179) establece que «*la recuperación post-operatoria inmediata deberá estar a cargo de anestesiólogos*».

de la prueba, admitida ésta para el caso de daños de otra índole y, en consecuencia, quedando a cargo del paciente la prueba de la culpa y de su relación de causalidad, de forma tal que su responsabilidad se encontrará basada en una culpa de carácter incontestable²⁷⁰ y, por tanto, queda

²⁷⁰ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de febrero de 1996 [Velx 2336/1992] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-, estableció que: «[...] en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso». También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de diciembre de 1996 [Velx 1048/1996] –ponente GARCÍA VARELA-, declaró que: «[...] el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad se basará en una culpa incontestable, es decir, patente, que no se ha demostrado en este caso». En idéntico sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 05 de febrero de 2001 [Velx 35/1996] – siendo ponente MARÍN CASTÁN-, puso de manifiesto que: «[...] para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario o del centro de que aquél depende, como consecuencia del tratamiento aplicable a un enfermo, se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado, ya que en la valoración de la conducta profesional de médicos y sanitarios en general queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba». También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 2001 [Velx 954/1996] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-, estableció que: «En la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida para daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (lex artis ad hoc)». Así, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de abril de 2001 [Velx 264/1996] -ponente SIERRA IGNACIO GIL DE LA CUESTA-, evidenció que: «[...] el médico sólo queda obligado a suministrar al paciente las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia, por lo que su responsabilidad solo se basará en una culpa incontestable, es decir patente» y, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de junio de 2003 [Velx 616/2003] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-, estimó que no incurre en negligencia el facultativo de urgencias que, conforme a la sintomatología que presenta la paciente en el momento de ser examinada, diagnóstica y trata una gastritis, aun cuando durante el proceso de recuperación de la patología inicial se produzca súbitamente un infarto de miocardio que determine su fallecimiento. Infarto que no fue diagnosticado, a juicio de la Sala, ante la ausencia de sintomatología, por lo que hasta huelga hablar de error en el diagnóstico, lo que sí hubiera sucedido si la causa de la muerte hubiera sido el curso evolutivo de aquella primitiva dolencia. En este sentido, el alto Tribunal, precisó que: «La obligación médica se concreta en proporcionar al enfermo los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y de la denominada "lex artis ad hoc", es decir, tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que tenga lugar. La obligación contractual o extracontractual del médico, es una obligación de medios y en la valoración de su conducta queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de

descartada la responsabilidad por riesgo, debido a que el facultativo no origina riesgos aislados, sino que en beneficio del paciente se enfrenta a una situación de riesgo, tratando los peligros de la propia enfermedad.

Sin embargo, aunque resulta evidente que numerosas terapias o actuaciones médicas de carácter curativo entrañan «per se» algún riesgo de carácter adicional, lo cierto es que mayor será el riesgo que comportará la propia enfermedad y su evolución.

En este sentido, FERNÁNDEZ COSTALES precisa que «*el médico es el único profesional que se enfrenta a lo inevitable: la enfermedad y la muerte*». Y añade que «*en el ejercicio de la medicina se confunde, a veces, la supuesta negligencia médica con los riesgos inevitables de una intervención quirúrgica o las complicaciones de determinadas enfermedades*»²⁷¹.

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, el médico como norma habitual no crea riesgos aislados en el mencionado sentido, sin perjuicio de reconocer la existencia de riesgos inherentes a ciertos actos terapéuticos que se efectúan con la finalidad de intentar curar al paciente o cuando menos paliar los efectos adversos de su enfermedad. De ahí, la imposibilidad de la aplicabilidad de la teoría del riesgo a la responsabilidad civil por actos médicos²⁷².

En relación a esta materia, en particular la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 08 de abril de 1996*²⁷³, en su fundamento de derecho tercero, estableció que:

«[...] *la inversión de la carga de la prueba no es aplicable a las responsabilidades por actos médicos, puesto que ni la actuación médica en general crea riesgos, ni obliga a la obtención de resultados, porque ya está*

la prueba, estando a cargo del paciente o familiares la prueba de la culpa y la relación o nexo de causalidad, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa, por depender de la misma el resultado dañoso».

²⁷¹ *La medicina y el derecho civil en el siglo XXI: La protección de la persona y de la salud en las ciencias médicas y jurídicas*, Real Academia de Medicina del Principado de Asturias, Oviedo, 2004, p. 37.

²⁷² Así, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 94 y 95.

²⁷³ [Ponente MARTÍNEZ-PEREDA].

consolidada la doctrina, según la cual, el médico trata de buscar la salud, pero no la garantía, y por todo ello a los actores les incumbe acreditar la concurrencia de todos los elementos para aplicar el artículo 1902 CC».

Resulta necesario entonces que a la relación causal, material o física, se le adicione el reproche culpabilísimo -es decir, que la responsabilidad derivada de los daños originados por la actividad médica, queda circunscrita dentro de una obligación del médico, que es de medios y no de resultados, de forma tal que la sola presencia del daño no implicará sin más, causa de atribución de responsabilidad-, que podrá manifestarse, bien a través de una negligencia omisiva en la aplicación del medio curativo, o bien en la existencia de una acción culposa o negligente en su aplicación²⁷⁴.

Por tanto, en toda responsabilidad médica debe existir una “culpa médica”, y ésta, como “omisión de la diligencia” del artículo 1104 CC,

²⁷⁴ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 05 de febrero de 2001 [Velx 35/1996] –ponente MARÍN CASTÁN-, prevé que: «[...] desde la consideración de obligación de medios y de no de resultado que salvo en algunos casos (p. ej cirugía plástica satisfactiva o técnicas odontológicas no estrictamente curativas) tiene la conducta exigible al médico, no pueda declararse que la facultativa que atendió al niño incurriera en la culpa o negligencia que el artículo 1902 CC exige como presupuesto de la obligación de reparar». También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de marzo de 2004 [Velx 267/2004] –ponente AUGER LIÑÁN-, establece que: «[...] la obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico [...] que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio o más generalmente en una acción culposa. Y así se ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de los cuidados indicados y el resultado dañoso, previsible y evitable; cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa no hay responsabilidad sanitaria». En idéntico, sentido, se han pronunciado las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de septiembre de 2004 [Velx 896/2004] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-, con ocasión de una indemnización de daños y perjuicios sufridos por los actores como consecuencia del error de diagnóstico que se imputa al demandado. Cabe calificar la conducta profesional demandado como negligente, al no haber realizado todas las pruebas médicamente recomendadas para llegar a un diagnóstico correcto del padecimiento que presentaba su paciente. Ante la falta de traída a los autos por el demandado de la historia clínica de la enferma, para lo que fue requerido en fase probatoria, no puede tenerse por acreditada la realización por el propio demandado de las pruebas pertinentes al reconocer a aquélla.

equivaldrá al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la «lex artis», concebida como un criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el facultativo, que tiene presente las características especiales de su autor, de la profesión, de la complejidad y de la trascendencia vital del acto e, incluso, de la influencia de diversos factores endógenos o exógenos, que permitan calificar el acto como conforme o no con la técnica requerida.

En este sentido, en la ya mencionada *Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de marzo de 1991*²⁷⁵, con ocasión de un caso de una intervención quirúrgica en la que intervino un urólogo y un anestesista, concretó que:

«Que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada “lex artis ad hoc”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional», y ampliando dicha síntesis conceptual, cabe afirmar: «que se entiende por “lex artis ad hoc” como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida [...]».

De ahí, que tanto la doctrina²⁷⁶ mayoritaria como la jurisprudencia²⁷⁷, sean unánimes en establecer que lo determinante en la responsabilidad

²⁷⁵ [R] 1991\2209] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-.

²⁷⁶ En este sentido, *vid.*, PLAZA PENADÉS, Javier: *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 7, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 57; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 56 y, GARCÍA GARNICA, *Aspectos básicos...*, *op. cit.*, pp. 55 y ss.

²⁷⁷ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de marzo de 1991 [R] 1991\2209] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-, declaró que: «[...] en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba [...]». En idéntico sentido, se pronunció, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de octubre de 2000 [R]

médica es su carácter subjetivo, es decir, que se encuentra fundamentado en la culpa y, en consecuencia nieguen la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva al facultativo. Así, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de febrero de 1995*²⁷⁸, en su fundamento de derecho único, estableció que:

*«La doctrina de esta Sala es contraria a la objetividad de la responsabilidad de los profesionales médicos y a la inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que deben probar la diligencia con la que actuaron»*²⁷⁹.

En este sentido, resulta conveniente traer a colación, y por lo que al acto anestésico se refiere, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de julio de 1987*²⁸⁰, con ocasión de la reclamación por el padre de un menor que había sido intervenido de amigdalotomía bajo anestesia, quien sufrió un paro cardiaco posteriormente, del que se recuperó en parte, aunque de forma insuficiente, por ello fue trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos en estado de coma profundo, continuando en los días siguientes con dificultades y escasos progresos, quedándole como secuela permanente una parálisis cerebral infantil con tetraplejia espástica. Declaró en su fundamento de derecho cuarto, que:

«[...] en la conducta de profesionales sanitarios queda, en general, descartada su actuación personal toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de la culpa en sentido subjetivo, como omisión de la diligencia exigible en cada caso, sin que se les pueda atribuir cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de imputación, máxime cuando en los tratamientos u

2000\37037] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-, con ocasión de un litigio relativo a responsabilidad médica siendo demandados conjuntamente los servicios estatales de la seguridad social, INSALUD, o las instituciones equivalentes de las Comunidades Autónomas a las que se han transferido competencias en esa materia, y los médicos que prestaron sus servicios en los centros sanitarios dependientes de aquellos organismos. También, las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de febrero de 2002 [RJ 2002\1001] –ponente MARÍN CASTÁN- y, de 07 de mayo de 2007 [RJ 2007\70066] –ponente XIOL RÍOS-

²⁷⁸ [Ponente GULLÓN BALLESTEROS].

²⁷⁹ En idéntico sentido, entre otras, las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de febrero de 1990 –ponente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-; de 13 de octubre de 1992 [Vlex 854/1992] –ponente GONZÁLEZ POVEDA- y, de 23 de marzo de 1993 [RJ 1993\2545] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-

²⁸⁰ [RJ 1987\5488] –ponente SANTOS BRIZ-

operaciones quirúrgicas aunque se persigue el resultado de la curación del paciente, el médico no se obliga a obtener en todo caso esa curación sino a poner en su actuación toda intención y diligencia que deriva de su específica preparación científica y practica».

Sentadas las premisas anteriores, conviene precisar que los elementos (acción u omisión, antijuricidad, culpa, daño y relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido) predicados tradicionalmente como exclusivos de la responsabilidad extracontractual, en la actualidad, se consideran comunes a toda la responsabilidad civil²⁸¹.

Asimismo, estos han sido admitidos por la doctrina y la jurisprudencia como la base de la responsabilidad médica aun en caso de que medie contrato y mediante la determinación de la responsabilidad por la simple constatación del incumplimiento de una de las obligaciones de éste. LLAMAS POMBO, en este sentido precisa que lo anterior «*no quiere decir que dichos elementos no estén presentes en la base de la responsabilidad médica*»²⁸².

1. LA CULPA MÉDICA

La teoría de la culpa y su aplicabilidad a la responsabilidad civil del médico ha originado la creación de la denominada figura “culpa médica”.

Esta figura ha sido definida por ATAZ LÓPEZ adaptando el artículo 1104²⁸³ CC a la actividad sanitaria como «*la infracción por parte del médico o del cirujano de algún deber propio de su profesión y, más en concreto, del deber de actuar con la diligencia de actuar con la diligencia objetivamente*

²⁸¹ Así, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss. También, *vid.*, DíEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho...*, *op. cit.*, 1984, p. 611. En jurisprudencia, *vid.*, sobre la compatibilidad, entre otras, la STS, de 16 de diciembre de 1986.

²⁸² *Op. cit.*, p. 209.

²⁸³ El precepto prevé que: «*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia*».

exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, de conformidad con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar»²⁸⁴.

En virtud de lo anterior, se establecen los parámetros fijados por el artículo 1104 CC, de forma tal, que la discusión doctrinal se ha centrado en el nivel de diligencia exigida al facultativo en función del lugar en el que desempeña su actividad profesional.

Las teorías establecidas por la mejor doctrina²⁸⁵ han sido tres, apoyándose en los supuestos de culpa establecidos por SAVATIER, AUBY Y PEQUIGNOT²⁸⁶, y que se encuentran basadas en la aplicación de la culpa médica a los distintos grupos de obligaciones o deberes médicos. De una parte, la teoría que no supone directamente una apreciación médica en sentido técnico, sino que únicamente origina una omisión de diligencia común; de otra, la que atenta contra la técnica profesional médica propiamente dicha y, finalmente, la que supone una contravención de los deberes médicos en sentido deontológico²⁸⁷.

De lo anterior, resulta incuestionable que el punto de referencia para proceder a la apreciación de cada una de estas teorías de culpa, indudablemente, será distinta. De ahí que, en las siguientes líneas y a nuestro prudente entender esclarezcamos la teoría concerniente a la culpa médica en sentido estricto, debido al hecho de que en términos generales las otras dos teorías en nada difieren de la culpa.

En primer término y, con la finalidad de establecer la prudencia esperada de un facultativo, lo propio es acudir a la diligencia normal que, según el estado de la ciencia y los medios técnicos disponibles, habría tenido un facultativo de idéntica especialidad²⁸⁸. Por tanto, y como SANTOS BRIZ precisa se trata de encontrar «[...] *un criterio objetivo para la apreciación de*

²⁸⁴ *Op. cit.*, p. 290.

²⁸⁵ *Vid.*, en este sentido, entre otras, las argumentaciones de SAVATIER, Rene; AUBY, Jean-Marie y PEQUIGNOT, Henry: *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence Paris, 1951, pp. 379 y ss.; MAZEAUD y TUNC, *op. cit.*, p. 509; ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 294 y ss. y, GONZÁLEZ MORAN, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 575 y ss.

²⁸⁶ *Traité de Droit...*, *op. cit.*, 1956, p. 290.

²⁸⁷ Así, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 63 y ss.

²⁸⁸ *Vid.*, en este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de diciembre de 1979.

la culpa teniendo en cuenta la diligencia que dentro de la vida social puede ser exigida en la concreta situación a persona razonable y sensata, correspondiente al sector del tráfico o de la vida social cualificados por la clase de actividad a enjuiciar, es decir, cualificados por el ejercicio profesional de la Medicina o actividades curativas legítimas»²⁸⁹.

Evidenciándose una concordancia absoluta con la concepción jurisprudencial de la culpa recopilada en la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de julio de 1987*²⁹⁰.

Sin embargo, conviene puntualizar que dicho planteamiento ha originado en la doctrina una cierta confusión, en el entendido de concebir la existencia de la culpa médica como algo diferente de la culpa general. Así, GONZÁLEZ MORAN²⁹¹, conectando ambas cuestiones –es decir, la existencia de la responsabilidad médica específica con la responsabilidad civil general– afirma la existencia de culpa médica específica y diferente del criterio genérico del “buen padre de familia”, admitiendo tal responsabilidad profesional médica específica.

Por el contrario, ATAZ LÓPEZ niega la posibilidad antes descrita y con acierto sostiene «*la inexistencia de una específica responsabilidad profesional*» y, por otra parte, realiza un estudio sobre la culpa médica, cuya existencia admite y cuyo alcance y contenido delimita. Si bien, para este autor, la culpa médica se configura como la «*culpa común acaecida en un acto médico*»²⁹².

En este sentido, MOSSET ITURRASPE precisa que «*cuando se niega la posibilidad de una responsabilidad profesional específica, se trata de evitar la que gráficamente ha sido denominada tesis de la irresponsabilidad eufemística, que deriva de la afirmación de que toda tarea médica es*

²⁸⁹ *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 67.

²⁹⁰ [R] 1987\5488].

²⁹¹ *La responsabilidad civil...*, op. cit., pp. 582 y ss.

²⁹² *Op. cit.*, p. 290.

susceptible de discusión científica y que la culpa y, por ende, la responsabilidad comienza donde terminan tales discusiones»²⁹³.

Por su parte, GONZÁLEZ MORAN precisa que lo anterior nada tiene que ver con que la culpa médica sea una culpa común, parargumentando el autor que «*se trata de una cuestión terminológica más que otra cosa*»²⁹⁴.

Partiendo de la premisa de que por culpa común se entiende toda negligencia subsumible en el artículo 1104 CC, si a ella se contraponen la culpa médica, ésta quedaría excluida del precepto, de forma tal que tendríamos que negar su existencia, lo cual no tiene sentido alguno, debido a que resulta innegable que esta culpa tiene cabida en el mencionado precepto.

MANTOVANI²⁹⁵, establece que los requisitos de la culpa común – previsibilidad y evitabilidad- no son de aplicación a la culpa médica, debido a que el hecho lesivo es como norma general previsible en esta actividad, de forma que siempre origina responsabilidad.

Por contra, ATAZ LÓPEZ²⁹⁶ acertadamente pone de manifiesto el quiebro de la argumentación anterior, apoyándose tanto en la previsibilidad, como en la relación de causalidad entre esa pretendida culpa médica y el daño acaecido.

En este punto, resulta necesario distinguir el acto dañoso, debido a que no debe tener idéntico calibre en todos los supuestos. Por tanto, se deberá diferenciar el caso en que sea realizado por un especialista del acaecido cuando provenga del realizado por una persona común. Es decir, que aunque la circunstancia de ser médico, comportará la existencia de una culpa particular, que en algo debe diferir del sujeto que no reúna dicha cualidad, lo cierto es que ello no comporta ni la existencia de una responsabilidad médica específica, ni que la culpa del facultativo sea ajena al CC.

²⁹³ *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 125. También, *vid.*, MOSSET ITURRASPE, Jorge y LERENZETTI, RICARDO: *Contratos médicos*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, p. 290.

²⁹⁴ *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 582.

²⁹⁵ «La responsabilità del medico», in *Riv. it. di Med. Leg.*, 1980, pp. 20 y ss.

²⁹⁶ *Op. cit.*, p. 291.

De modo que, esta circunstancia de ser médico se concibe como una de esas circunstancias aludidas por el artículo 1104 y, en consecuencia, la culpa médica será la misma que define el precepto, pero aplicada a una actividad específica y de particular relevancia para el ser humano.

Los argumentos anteriores nos permiten plantear dos concreciones. De una parte, que la culpa médica se concibe como la omisión de la debida diligencia en el desempeño de las funciones propias del facultativo y, de otra, la innegable inexistencia de culpas profesionales especiales. De modo que la culpa se encontrará referida de forma especial a la «lex artis» profesional [art. 1104 CC] poniéndose de manifiesto su inaplicación de forma común, y, por tanto, lo anterior nos permite concluir que la culpa médica será una aplicación específica de la culpa general²⁹⁷.

Así, GONZÁLEZ MORAN sostiene que «*con lo anterior no se quebranta la unidad de comportamiento del médico, sino que se busca ese estándar de referencia que necesariamente deberá ser distinto en unos casos y en otros*». Y, precisa que «*en nada se diferencia el médico cuando realiza un acto cotidiano de su vida diaria, con el resto de personas, mientras que cuando opera en un quirófano existe una especie de presunción de conocimientos y habilidades, que le distinguen de cualquier otro profano*»²⁹⁸.

Respecto a la determinación de cuál es el punto de referencia o nivel de diligencia en el que se puede establecer la posibilidad o imposibilidad de un criterio objetivo, conviene precisar que partiendo de la premisa de dicha imposibilidad la mejor doctrina ha elaborado un amplio elenco de aportaciones con la pretensión final de facilitar al Juez su labor a la hora de valorar cuál es la diligencia exigible en cada caso concreto.

En este sentido, por conducta diligente entienden aquélla que se acomoda a la «lex artis»²⁹⁹, cobrando el carácter de criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico, que inevitablemente queda circunscrito al «standard of care» –expresión referida al cierto nivel de

²⁹⁷ Así, LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 221.

²⁹⁸ *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 580.

²⁹⁹ *Vid.*, ZEPOS & CHRISTODOULOU: «Trots, professional liability», en *International Encycloedia of Comparative Law*, Vol. XI, cap. 6, p. 28.

cuidado-. Este estándar se encuentra determinado entre otras expresiones - recogidas por la doctrina y la jurisprudencia del TS³⁰⁰- en el buen profesional de medicina³⁰¹ y en el nivel técnico medio de la profesión unida a un elevado nivel de precauciones y dedicación³⁰².

De este modo, en la precisión de la culpa médica el rol asumido por la prueba pericial o informe del perito es sumamente relevante, con la pretensión de ilustrar al Juez sobre cuál debe ser la conducta de un buen médico, en un tiempo determinado y con unos medios técnicos concretos, dato a partir del cual éste deberá precisar si la conducta por el facultativo es o no acorde al estándar de referencia.

Por otra parte, y atendiendo al artículo 1104 CC, en caso de que el causante de un daño tenga la condición de médico, dicha condición será una de las circunstancias de las personas a que se refiere el mencionado precepto, debiendo ser tenida en cuenta en la determinación de la existencia de la culpa, permitiéndonos lo anterior aludir a culpa médica, sin perjuicio de la evidente influencia del estado de la ciencia en un momento determinado, es decir, de las circunstancias del tiempo que el precepto toma en consideración.

Así, FERNÁNDEZ COSTALES, acertadamente prevé que *«la apreciación de la posible culpa en el cumplimiento del contrato de servicios médicos o en el ejercicio en general de su profesión, conforme al artículo 1104 en relación con el 1902 CC, pues el concepto de culpa es de mutua aplicación a ambos preceptos, ha de hacerse conforme a las circunstancias de las personas. Y a*

³⁰⁰ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de enero de 1986 y de 26 de febrero de 1986, precisan que *«ese comportamiento inadecuado, conforme a las normas, medios y deberes de tal "lex artis", el que hace nacer la responsabilidad civil médica»*. También la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de abril de 1970, menciona que "la buena técnica médica" y la SAP de Granada, de 07 de julio de 1986, sostiene que *«la "lex artis" implica el estudio de cada acto médico concreto y su entorno, para sacar concretas conclusiones, porque cada acto médico constituye como una ley, llegando a aplicarse la llamada inexigibilidad de otra conducta con ecos de otras áreas de Derecho, pero que también puede y debe tenerse a la vista, en el campo civil»*.

³⁰¹ *Vid.*, MARTÍNEZ-CALCERRADA, GÓMEZ, «Especial estudio..., *op. cit.*, p. 1770, también lo denomina *«el buen especialista»*.

³⁰² *Vid.*, LACRUZ BERDEJO, José Luís: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1985, pp. 103 y ss. En jurisprudencia, *vid.*, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 01 de febrero de 1985.

*este respecto, el título profesional del médico, con la relatividad de las circunstancias, determina una especial conducta a seguir en el cumplimiento de las obligaciones»*³⁰³.

Este criterio será de aplicación a la hora de solventar el problema de la existencia de una especificidad de la culpa médica desde el punto de vista cuantitativo. Téngase presente que a partir de la gradación de culpa de origen romano que distinguía entre culpa *lata* o grave, culpa «levis in abstracto», culpa «levis in concreto» y culpa «levissima», la doctrina³⁰⁴ ha sostenido que el médico únicamente responde en caso de culpa grave.

No obstante, de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico dicho criterio quiebra, debido a que admitirlo supondría aceptar que el médico únicamente respondería por gravísimo descuido o negligencia, es decir, casi por dolo, de conformidad con la regla romana «culpa lata dolo aequiparatur».

En este punto y, desde una perspectiva práctica únicamente la culpa grave podrá ser apreciada por el Juez profano en medicina y, por tanto, solo el desconocimiento de las reglas más elementales y unánimemente admitidas podría originar responsabilidad médica.

No obstante, esta postura sí ha sido acogida por diversos ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro. Así, en Italia, según el artículo 2236³⁰⁵ CC italiano, cuando la prestación conlleva la solución de problemas técnicos de especial dificultad, solo el dolo o la culpa grave originan responsabilidad. También, el ordenamiento jurídico Francés en sus artículos 1382 y 1283 del Code Napoleón, precisan que solo se aplicarían a los actos

³⁰³ «La responsabilidad civil médica», *La Ley. Revista Jurídica Española*, núm. 3, 1986, p. 640.

³⁰⁴ Así, dentro de la doctrina italiana, entre otros, *vid.*, MANTOVANI, *op. cit.*, pp. 20 y ss.; BIANCHI D'ESPINOZA y ZHARA BUDA: «La responsabilité médicale en Italie. Aspects de Droit Priv e», in *RIDC*, 1976, pp. 534 y ss. Dentro de la doctrina española *vid.*, BENZO CANO, Eduardo: *La responsabilidad profesional del médico*, Ed. Escelicer, Madrid, 1950, p. 145. En la doctrina francesa, entre otros, SAVATIER, J: *op. cit.*, pp. 325 y ss.

³⁰⁵ Dice el mencionado precepto: «*Se la prestazione implica la soluzione di problemitecnici di speciale difficult , il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave*». Trad.: «*Si la prestación implica la solución del problema de especial dificultad, el prestador del servicio no responderá por el daño, salvo en caso de dolo o culpa grave*».

materiales ejecutados por el médico cuando éste no actúe como tal, sino como hombre privado, mientras que los actos médicos en sentido estricto quedarían fuera de tales preceptos, para dar lugar a responsabilidad exclusivamente en caso de culpa grave³⁰⁶.

En suma, el artículo 1104 CC ofrece un criterio que poco o nada tiene que ver con los grados de culpa, permitiendo al Juez determinar el nivel de diligencia exigible con gran flexibilidad. Si bien, -en todo caso- se admite que dicho precepto se encuentra inspirado en la vieja culpa leve o criterio de diligencia exigible a un hombre esmerado, activo y exigente en sus asuntos, es decir, la diligencia de un “buen padre de familia”³⁰⁷.

En virtud de lo anterior, conviene reseñar la evidente inaplicación en nuestro ordenamiento jurídico de dicha teoría, debido a que aunque es factible su aplicación al médico o sanitario, lo cierto es que resulta excesivo en determinados supuestos exigir la culpa levísima, la del hombre muy diligente y excepcionalmente entregado y atento a los negocios.

Téngase presente que lo anterior, comportaría una valoración de la responsabilidad desde un punto de vista objetivo, amén de las dificultades suscitadas al Juez en orden a la determinación y precisión tanto de la existencia de culpa, como de su gravedad o no. De modo que el problema práctico antes mencionado no encuentra solución de esta forma³⁰⁸. Y, en consecuencia, la responsabilidad médica no requiere de verificación de una culpa grave³⁰⁹.

Respecto a la doctrina de la culpa social –doctrina que ha adquirido una especial relevancia en la jurisprudencia extranjera³¹⁰-, y consistente en

³⁰⁶ *Vid.*, DEMOLOMBE, Charles: *Cours de Code Civil*, Tomo XXXI, Bruselas, 1882, p. 542.

³⁰⁷ *Vid.*, BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, Pablo: «El buen padre de familia», en *Estudio de Derecho civil en homenaje al Profesor BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO*, Salamanca, 1984, pp. 69 y ss.

³⁰⁸ *Vid.*, KORNPORST, *op. cit.*, p. 117.

³⁰⁹ Así, entre otros, *vid.*, PENNEAU, *op. cit.*, p. 49 y 50; ARRIGUI DE CASANOVA, Emile: *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, Paris, 1946, pp. 39 y ss.; MOSSET ITURRASPE, *op. cit.*, p. 189 y, ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 293 y 294.

³¹⁰ En este sentido, *vid.*, SANTOS BRIZ recoge un detallado análisis de la teoría en cuestión (*La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 58 y ss.). También, FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, Mariano: *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972, pp. 108 y ss.

centrar la atención de la responsabilidad en la necesaria reparación del perjuicio originado por una conducta, sin tomar en consideración el grado de diligencia del agente, ha provocado una evidente discordancia con el concepto tradicional de culpa, al verse sustituido éste por un neutralismo moral³¹¹.

En suma, la existencia de todas estas corrientes, inevitablemente, han originado que en nuestro ordenamiento jurídico se suscite una objetivación de la responsabilidad civil, íntimamente unida a las transformaciones operadas en el concepto de culpa-propiciadas por la jurisprudencia³¹².

Por tanto, dos han sido los pilares sobre los que se asienta la responsabilidad objetiva que hacen referencia a la culpa, de una parte, la inversión de la carga de la prueba -que comporta una presunción de culpa en la persona del causante de los daños³¹³- y, de otra, la elevación del nivel de diligencia exigible en el desempeño de ciertas actividades³¹⁴.

En definitiva, en relación al ámbito profesional médico se propugna por el criterio subjetivo de la responsabilidad del médico³¹⁵, relegándose al olvido la posible responsabilidad objetiva y, de ahí que se evidencie la

³¹¹ Así, PIROVANO, Antoine: *Faute civile et faute pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1966, p. 177.

³¹² En este sentido, *vid.*, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 09 de abril de 1963.

³¹³ Así la STS Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de abril de 1981 [Vlex 189/1981] -ponente SEIJAS QUINTANA-, declaró que «la apreciación más objetiva de la culpa extracontractual propugna la inversión de la carga de la prueba, para obligar al autor de los daños a que acredite que en el ejercicio de sus actos lícitos obró con toda la prudencia y diligencia precisa para evitarlos, y que tiene su fundamento en el principio de responsabilidad basada en el mero riesgo o peligro creado, que hace que el daño causado sea el resultado de una causalidad física, con abstracción del factor psicológico de culpabilidad del agente». En idéntico sentido, la STS Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de mayo de 1993 [Vlex 524/1993] -ponente BARCALA TRILLO-FIGUEROLA-, señaló que «la apreciación más objetiva de la culpa extracontractual propugna la inversión de la carga de la prueba, para obligar al autor de los daños a que acredite que en el ejercicio de sus actos lícitos obró con toda la prudencia y diligencia precisa para evitarlos».

³¹⁴ Este fenómeno es explicado ampliamente por LACRUZ BERDEJO, recoge una copiosa jurisprudencia al respecto (*Elementos de Derecho civil...*, *op. cit.*, 1985, pp. 194 y 195).

³¹⁵ En este sentido, SANTOS BRIZ, establece que no es posible exigir a los sanitarios responsabilidad meramente objetiva («La responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 670). También, es de la misma opinión, FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 124. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, las SSTs, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de marzo de 1984 y de 13 de julio de 1987 [RJ 1987\5488]. En jurisprudencia menor, *vid.*, la SAP de Barcelona, de 28 de marzo de 1985 y de 30 de abril de 1985.

vigencia de la noción de culpa en materia de responsabilidad civil del médico, al igual que ocurre en el ámbito de la responsabilidad civil general³¹⁶.

1.1. La culpa médica en anestesiología

En la actualidad, y de conformidad con la posibilidad que ofrece la especialidad en Anestesiología y la Reanimación, conviene aludir a algunas de las concreciones de la culpa médica en dicha profesión médica³¹⁷, debido a la distinción que indudablemente existe entre fallecimiento por anestesia y fallecimiento bajo los efectos de la anestesia.

En este sentido, LLAMAS POMBO precisa que *«es muy fácil atribuir el fallecimiento de una persona anestesiada a la acción del anestésico, pero no necesariamente debe ser ésta la causa origen de tal acaecimiento»*³¹⁸.

A mayor abundamiento, conviene precisar que en el caso de fallecimiento o de graves deficiencias -en el supuesto de que el paciente sobreviviese-, por causa de la anestesia se podría originar una responsabilidad civil si existiese lo que ha denominado la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de julio de 1987*³¹⁹, *«culpa en sentido objetivo, como omisión de la diligencia exigible para cada caso [...]»*.

De ahí que convenga matizar cuáles son algunos de los supuestos especiales que enmarcados dentro de la denominada culpa anestésica, pueden originar que este facultativo incurra en responsabilidad civil o incluso penal. Son, entre otros, la falta de consentimiento informado del

³¹⁶ Así, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de abril de 1982, señaló que: *«en modo alguno viene permitida la exclusión sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la presente realidad social y técnica, del básico principio de la responsabilidad por culpa, lo que comporta la indeclinable necesidad de que el acto dañoso tenga que ser antijurídico... y culpable, esto es, imputable a negligencia -o dolo del agente [...]»*.

³¹⁷ *Vid.*, LLAMAS VALBUENA, Eugenio: «La responsabilidad profesional...», *op. cit.*, pp. 2 y ss.; ID: «Criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad penal del profesional de la medicina», *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, Vol. 32 (2), 1985, pp. 73 y ss.

³¹⁸ *Op. cit.*, 1988, p. 396.

³¹⁹ [R] 1987\5488] –ponente SANTOS BRIZ-.

paciente, partiendo de la premisa de que además de la autorización del enfermo para ser operado, se requerirá por separado su consentimiento para ser anestesiado y, a mayor abundamiento este consentimiento deberá ser expreso para la anestesia general cuando el paciente dado el tipo de intervención, crea que solo se efectuará anestesia local; falta de visita y exploración previa, análisis [...], en las veinticuatro horas inmediatamente anteriores a la intervención o ausencia de los datos escritos sobre dichas pruebas; error en la pre-medicación o transfusión de sangre heterogrupal; inyección de fenol de forma conjunta con la anestesia intrarraquídea; embolias aéreas por tabuladoras de goteros vacíos; falta de comprobación previa del instrumental, que podría originar un fallo durante la intervención quirúrgica; intubación esofágica; falta de la comprobación de agujas o catéteres o en caso de su rotura, la falta de su exploración; falta de información de las complicaciones en anestesia ambulatoria; falta de vigilancia y atención post-operatoria inmediata, con el paciente en estado de inconsciencia [...].

1.1.1. El caso de la legislación Argentina. En particular la regulación de la culpa anestesiológica

En la legislación argentina, se admite que los criterios que conducen a la evaluación de la culpa en que puede incurrir el anesthesiólogo revisten un mayor grado de exigencia. De ahí que se haya deslindado como concepto aislado e independiente de la culpa médica la denominada culpa anestesiológica³²⁰.

Del análisis de las resoluciones jurisprudenciales en relación a la responsabilidad que ostentan estos profesionales, se advierte –salvo excepciones– que en su mayoría les ha sido de aplicación «*un criterio estricto en la apreciación de la culpa*»³²¹.

³²⁰ *Vid.*, URRUTIA, *op. cit.*, pp. 109 a 112.

³²¹ En este sentido, entre otros, en la Sentencia Definitiva de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, de 26 de febrero de 2013 -caso Etchegaray, María del Carmen c/Rodríguez Monti, Carlos y otros s/Daños y perjuicios y su acumulada: “Etchegaray, María del Carmen contra Rodríguez Monti, Carlos y otros. Daños y perjuicios”-, se propugna «*en la apreciación de la prueba de la mala praxis médica-anestesiológica que debe privar un criterio estricto y gobernado por las reglas generales que establecen los*

Lo anterior se debe, en primer lugar, y amparándose en la regla contenida en el artículo 902 CC, en la condición de médico que ostentan estos especialistas. Así, en la *Sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 10 de mayo de 1999*³²², con ocasión de un juicio por *mala praxis* anestésica, el alto Tribunal argumentó que:

«[...] tratándose del desempeño del anestesista, no cabe sino adoptar un criterio estricto, toda vez que, por la índole misma de la intervención directa sobre el cuerpo del enfermo, se encuentra obligado a acentuar de manera muy especial las providencias precautorias. La regla del artículo 902 del Código Civil concurre para intensificar o afirmar el concepto de culpa en esta especialidad» [...]. Y añade que «el adiestramiento específico que supone la condición de profesional genera un especial deber de obrar con más prudencia y conocimiento»³²³.

De otra parte, aluden a su condición de especialista en la materia y, en este sentido, se ha pronunciado la *Sentencia de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, de 19 de febrero de 2002*³²⁴, al disponer que:

«La diligencia exigible a un médico especialista es mayor que la que le corresponde a quien no lo es, pues aquél reúne ciertas calidades que pueden exigirse en motivos determinantes de la voluntad del paciente para elegirlo [...]»³²⁵.

artículos 512 y 902 del Código de fondo [...] en cuanto que se destaca la autonomía científica y técnica del anestesista respecto del cirujano». En idéntico sentido, y con los mismos argumentos, las Sentencias de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, de 30 de noviembre de 2011 (caso Petrola, Gabriel A. y otro c/ Piccioni, Holver y otros s/ Daños y perjuicios) y, de 27 de abril de 2011 (caso C.d. c/ C., S. s/ Daños y perjuicios).

³²² [Vlex R. 471. XXXIII].

³²³ En este sentido, también en STSJ, de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, de 22 de mayo de 2007 [Vlex núm. 33], se precisa que: «Ese razonamiento sentencial, lejos de resultar contrario a las reglas de la sana crítica racional, resulta plenamente adecuado a ellas toda vez que es una regla de la experiencia que el anestesista que ha tenido un adiestramiento específico en un área concreta de la ciencia médica resulta más idóneo para expedirse sobre tal ámbito de la medicina». En doctrina, *vid.*, ALBANESE, Susana (en *Casos médicos*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, pp. 134 a 155) quien realiza un amplio estudio sobre la correspondencia del artículo 902 CC a la especialidad de la anestesiología.

³²⁴ [caso Causa C 73325].

³²⁵ En este sentido, la Sentencia de Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, de 14 de septiembre de 2015 (caso Vilariño, Yanina María Giselle), confirmó que «mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias»,

Para finalizar, también se considera que la ponderación de la culpa anestesiológica, será más exigente cuando el paciente hubiera escogido libremente al anestesista en consideración a sus peculiaridades profesionales [art. 909 CC]. Así en la *Sentencia de Quinta Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción, de 31 de mayo de 2011*³²⁶, dispone que:

*«En los contratos que suponen una confianza especial entre las partes, el grado de responsabilidad se habrá de estimar por la condición especial de los agentes, pues es obvio que la competencia particular manifiesta, y a veces declarada, de ciertos profesionales, justifica una exigencia mayor a su respecto»*³²⁷.

2. LA PRUEBA DE LA CULPA. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS TEORÍAS

En el estudio de la prueba de la culpa, adquiere especial importancia el análisis de las diversas teorías y su aplicación concreta a la anestesiología.

2.1. La teoría del «favor probationis» o de las cargas probatorias dinámicas

La teoría del «favor probationis» o de las cargas probatorias dinámicas, acertadamente ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero (en adelante LEC), en cuyo artículo 217. 6 relativo a la carga de la prueba, se establece que «*el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*». De ahí y de conformidad con esta teoría, la carga de la prueba pesará sobre la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportarla.

De esta forma el mencionado precepto de la LEC incorpora los principios de normalidad, disponibilidad y facilidad probatoria, permitiendo de forma indirecta, distribuir la carga de la prueba de forma dinámica.

lógico es concluir que tratándose de un prestador de salud que supone “una confianza especial”, en su posición de experto [es decir, por su “condición especial” [...]].

³²⁶ [Vlex núm. 11974].

³²⁷ También, y respecto de la confianza especial, *vid.*, las Sentencias de Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, de 14 de septiembre de 2015 (caso Vilariño, Yanina María Giselle); de 11 de julio de 2013 (caso Werbach, Teresa Clementina C/ Unión Personal S/Amparo – Medida Cautelar); de 23 de octubre de 2014 (caso Presta, Liliana Lidia); de 16 de diciembre de 2014 (caso Alexander, Pedro Manfredo).

En este sentido afirma GALÁN CORTÉS³²⁸ que aunque la responsabilidad médica es emergente de una obligación de medios, lo que comporta diferenciar el régimen probatorio, quedando a cargo del accionante la misma, lo cierto es que ello no significa que el médico demandado no tenga que realizar una conducta de carácter procesal activa de colaboración, debido a que él es quien indudablemente ostenta los conocimientos técnicos necesarios para poder explicar los hechos acaecidos y la vivencia directa con aquéllos, resultándole necesario demostrar su diligencia y la falta de causa necesaria entre el hecho denunciado y el daño acaecido, puesto que la carga de la prueba se desplaza hacia quien se encuentra en mejor posición en relación con las fuentes de prueba.

En síntesis, en materia médica probatoria corresponde una mayor carga a quien dispone o puede disponer de mejores posibilidades en razón de la normal posesión de medios idóneos de prueba, de forma tal, que quien se encuentra en mejores condiciones de esclarecer los hechos, lo realice de forma efectiva.

En este punto, conviene precisar que a esta privilegiada posición ostentada por los facultativos como consecuencia de la superioridad técnica que ostentan en relación con su paciente³²⁹, se le adicionan las controversias donde se encuentran involucradas las prácticas quirúrgicas y de las que indudablemente forman parte las prácticas anestésicas resultantes de la inferioridad adicional que sufriría el paciente como consecuencia del ámbito donde se realizan y de las circunstancias que las rodean, comprometiéndose –si cabe más– su posición procesal en el litigio.

En suma, aunque la doctrina que prevalece en nuestros tribunales en materia de juicios por «mala praxis» es partidaria de adjudicar la carga probatoria al accionante, no debe descartarse una atenuación de lo antes

³²⁸ *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 182.

³²⁹ En este sentido, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge (en *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 8.ª ed., p. 497), sostiene que «con base en esta teoría comenzó a tener predicamento la idea –aunque con carácter de excepción– de hacer recaer la principal responsabilidad probatoria sobre el médico. Ello en atención a la superioridad técnica que éste ostenta en relación con su paciente en litigios donde se ventila una supuesta “mala praxis” y, por ende, en los que habitualmente se controvierten cuestiones de naturaleza científica».

descrito, y en consecuencia, un posible desplazamiento de dicha responsabilidad probatoria hacia el profesional médico.

En relación a esta materia, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de diciembre de 2002*³³⁰, con ocasión de la reclamación interpuesta contra la clínica y la médico ginecóloga que asistió, en sus instalaciones, al alumbramiento de una menor con marcado sufrimiento fetal, por un dilatado periodo expulsivo, presentando una parálisis cerebral infantil, con una disminución de su capacidad orgánica y funcional de considerable porcentaje, estableció respecto de la carga de la prueba en el procedimiento de responsabilidad médico-sanitaria, en su fundamento de derecho tercero, que:

«Las sentencias de instancia son claramente equivocadas por no hacer una aplicación correcta de la doctrina de la carga de la prueba, al fundar la decisión absolutoria en una falta de prueba que despeje la duda causal, haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada –el demandante– que no tenía más posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte –médico ginecólogo– omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del “cómo” y “por qué” de la grave lesión del recién nacido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino la de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada. [...] Ya el perito adelantó, antes de emitir su dictamen, que «echa en falta la historia clínica obstétrica de la paciente, evolución del embarazo, evolución de la gestación ingresada, ante-parto en Sanatorio, así como parto-grama con registro de monitorización fetal y datos sobre el expulsivo [...]».«La justificación de lo razonado, es decir, hacer recaer los efectos negativos de la ausencia de la historia clínica sobre el médico que es quien se encontraba en posición favorable para poder probar- tiene un sólido fundamento en la doctrina de esta Sala, la cual ha venido flexibilizando el rigor del artículo 214 CC, haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o

³³⁰ [ED] 2002/59198] –ponente CORBAL FERNÁNDEZ-.

se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad probatoria [art. 217. 6 LEC], [...]».

Lo anterior, ratifica que la actuación médica hace aplicable los principios de disponibilidad y facilidad probatoria [art. 217. 6 LEC], permitiendo distribuir dinámicamente la carga de la prueba de forma indirecta, respecto al contenido del historial clínico de la paciente.

En este sentido, GALÁN CORTÉS precisa que «*la historia clínica constituye el relato pato-gráfico³³¹ o biografía patológica de la persona, esto es, la transcripción de la relación médico-paciente, por lo que ostenta un valor fundamental, no solo desde el punto de vista clínico, sino también a la hora de juzgar la actuación del profesional sanitario³³², en tal forma que podría afirmarse que la historia clínica puede ser el mejor aliado o el peor enemigo del médico procesado*»³³³.

Por tanto, en los procesos por responsabilidad médica asume un rol de prueba esencial, debido al hecho de que en el ámbito sanitario se constituye como un dato de extraordinaria importancia, puesto que necesariamente requiere que en su contenido queden reflejados todos o al menos los incidentes en el tratamiento, seguimiento y control del paciente más importantes.

En esta materia, resulta de interés traer a colación la *Sentencia argentina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala 1.ª, de 19 de febrero de 1997*, al señalar que:

«Las anotaciones que los profesionales médicos hacen en la historia clínica no son tareas administrativas sino de índole profesional que, como

³³¹ A este respecto, LAÍN ENTRALGO, Pedro (en *La Historia Clínica: Historia y Teoría del relato patográfico*, Ed. Triacastela, Madrid, 1998, 3.ª ed., p. 80) recuerda que la historia clínica se encuentra definida en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, como: «*el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial*».

³³² Por cuanto al profesional sanitario, *vid.*, las amplias argumentaciones de GALÁN CORTÉS, Julio César: *Aspectos legales de la relación clínica*, Jarpyo editores, Madrid, 2000, pp. 30 y ss.; PÉREZ GÁLVEZ, Francisco: «La nueva dimensión de la historia clínica en el siglo XXI», en *AA*, núm. 36, 2003, pp. 857 a 882.

³³³ *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 167.

tales, deben realizarse con rigor, precisión y minucia, pues de ello depende el correcto seguimiento de la evolución del paciente, que es visitado por diversos profesionales que adecuan su tarea a la evolución consignada. Por ello, un error o una omisión puede derivar en consecuencias graves y hasta fatales».

Por cuanto atañe a las anotaciones, RODA GARCÍA Y GALÁN CORTÉS, precisan que *«conforme al artículo 18. 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el paciente tendrá el derecho de acceso, con las reservas establecidas en el apartado 3 del mencionado precepto a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella»*³³⁴. Apartado que reza en el siguiente sentido: *«El derecho al acceso del paciente a la documentación de la historia clínica no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas».*

Y en este sentido, GALÁN CORTÉS, puntualiza que *«la determinación de estas anotaciones subjetivas del historial clínico no puede conducir a la extensión indebida del derecho de reserva del médico, dado que dicha práctica, además de suponer una excepción del derecho de acceso a la historia clínica, podría impedir el conocimiento por el afectado de determinados datos con transcendencia clínica, que hubieren influido sustancialmente en el diagnóstico y tratamiento médico, facilitándole tan solo el acceso a una historia clínica mutilada y convertida en un mero esqueleto de datos aislados sin la necesaria e imprescindible correlación»*³³⁵.

Por su parte, BELTRÁN AGUIRRE³³⁶ pone de manifiesto que la utilización de la expresión “anotaciones subjetivas” ha sido un error del legislador,

³³⁴ «Las historias clínicas y su incorporación a los expedientes judiciales», en *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 33, 1997, pp. 599 a 606.

³³⁵ *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 173.

³³⁶ Así, *Derecho Sanitario de Navarra*, Edit. Gobierno de Navarra (Colección Pro Libertate, núm. 4), Pamplona, 2005, pp. 502 a 505.

debido a que no ha concretado su significado, aun a pesar de haber reservado un artículo en la Ley a definiciones legales.

En definitiva, conforme al artículo 15³³⁷ de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, referido al contenido de la historia clínica parece loable sostener, que estas anotaciones subjetivas no deben incluir datos clínicos, de forma tal, que tanto la hoja de evolución clínica, como las referencias a la evolución y planificación de cuidados de enfermería, se erigen como parte del contenido mínimo de la historia clínica, a cuyo acceso indudablemente tiene acceso el paciente. Y, por tanto, el contenido englobado en lo anterior descarta su consideración como anotación subjetiva.

Para finalizar, conviene poner de relieve que desde el punto de vista jurisprudencial, los pronunciamientos a este respecto evidencian que la importancia de la historia clínica como elemento probatorio, no le confiere el valor de prueba única.

Así y, en particular, se pronunció la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo civil, de 24 de mayo de 1999*³³⁸, al establecer que:

*«La ausencia del historial clínico aunque puede constituir una negligencia médica, lo cierto es que aun a pesar de su enorme y trascendental valor, la historia clínica no constituye siempre una verdad irrefutable y absoluta, por lo que debe ser evaluada conjuntamente con los restantes elementos probatorios obrantes en el proceso»*³³⁹.

³³⁷ Reza el precepto: «-1. La historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente [...]. -2. La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud [...].».

³³⁸ [Ponente MENÉNDEZ HERNÁNDEZ].

³³⁹ En idéntico sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 05 de junio de 1998 [Vlex 531/1998] –ponente GULLÓN BALLESTEROS-, expone en el fundamento jurídico sexto, que: «*los datos de los historiales clínicos, constituyen: hechos que se estiman probados además por el conjunto de todos los medios probatorios aportados*».

Respecto a este último aspecto, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo civil, de 14 de febrero de 2006*³⁴⁰, ha establecido en su fundamento derecho décimo, que:

«El historial médico no hace fe por sí mismo de los datos que contiene, los cuales pueden ser contrastados con los demás medios probatorios, pues no tiene carácter intocable, ya que la historia no es más que el relato de un proceso médico, que puede o no ser verídico, y debe ser confrontado con los demás medios probatorios, incluso, a falta de norma específica, si se les reconoce el carácter de documentos administrativos, como reconoce el artículo 319.2 LEC 2000».

2.1.1. La aplicación de la teoría del «favor probationis» o cargas probatorias dinámicas desde el punto de vista de la jurisprudencia

Esta teoría basada en el «favor probationis» o de las cargas probatorias dinámicas, es reiterada por la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 22 de junio de 2004*³⁴¹, en cuanto recopila la jurisprudencia de la Sala 1.ª sobre los casos en que la carga de la prueba sobre la falta de relación causal entre intervención y daño incumbe al médico y no al perjudicado, por la mayor facilidad o disponibilidad probatoria de aquél. En este sentido, declara en su fundamento de derecho cuarto, que:

«[...] si los peritos informantes en el litigio “constantemente se han referido a la falta de datos” para poder responder a preguntas sobre la intervención, es evidente que no puede imponerse a la actora-recurrente la carga de probar que la intervención fue técnicamente correcta, pues sería tanto como repercutir en su contra el patente, absoluto y reprochable oscurantismo propiciado por el demandado-recurrido y solo a él imputable».

De lo anterior, BLANCO PÉREZ-RUBIO precisa que *«la carga de la prueba se desplaza hacia la parte demandada que precisamente se encuentra en mejor posición probatoria para su acceso a los medios de prueba, por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa, cuya falta de*

³⁴⁰ [Ponente XIOL RÍOS].

³⁴¹ [EDJ 2004/62145] –ponente MARÍN CASTÁN–.

cooperación en este sentido, genera una presunción desfavorable sobre su actuación de conformidad con la “lex artis ad hoc”»³⁴².

2.2. La Teoría del Daño Desproporcionado

En primer lugar, conviene precisar que aunque la profesión médica es concebida como una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios a emplear de conformidad con la «lex artis», lo cierto es que queda excluida la presunción desfavorable que podría originarse por un resultado erróneo, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente -de conformidad con las reglas de la experiencia y al sentido común-, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias del tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización³⁴³.

De esta forma, como GALÁN CORTÉS, entiende «*ante ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional*»³⁴⁴.

Así, SEIJAS QUINTANA sostiene que «*es lo que se conoce como teoría del daño desproporcionado o culpa virtual*³⁴⁵ -*res ipsa loquitur*³⁴⁶, regla del

³⁴² *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 99.

³⁴³ *Vid.*, MARÍN CASTÁN, Francisco: *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, 2.ª ed., p. 184.

³⁴⁴ «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, p. 1055.

³⁴⁵ La «faute virtuelle» de la doctrina francesa, surgida en el ámbito del tráfico automovilístico, consiste en deducir la negligencia de la anormalidad del resultado, al considerar que la existencia de ese daño no es posible, así como consecuencia de la culpa cometida por el demandado. Esta teoría fue aplicada por primera vez por la Cour de Cassation francesa en Sentencia, de 28 de junio de 1960, en un supuesto de radio-dermitis sufrida por un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X, cuyas puertas protectoras no estaban bien cerradas. También, JORDANO FRAGA (en «Aspectos problemáticos...», *op. cit.*, p. 80) aludiendo a la Sentencia, de 28 de junio de 1960, precisa que «*no se constata la negligencia con el material probatorio aportado por el actor, sino que se deduce de éste, después de quedar establecido que los daños ocasionados por los rayos X derivaban del aflojamiento del cierre de las puertas protectoras del aparato, se declaró que semejante resultado solo se podía deber a la culpa del médico*». En idéntico sentido, *vid.*, OMERO: *La responsabilità professionale del radiólogo*, Ed. Trieste, Italia, 1959, p. 218. Por su parte, MALAN, Danielle (en *La responsabilité du médecin anesthésiste du fait des appareils et instrumets*, Ed. Tours, Paris, 1972, p. 29) establece que «*estos supuestos se fueron multiplicando -explosión de un aparato de anestesia, mesa de examen médico*

*Anscheinsbeweis, prueba prima facie o prueba aparente o por primera impresión de la doctrina alemana*³⁴⁷⁻»³⁴⁸.

que se vuelca- con tal proliferación que la doctrina más reciente llega a hablar de responsabilidad objetiva en los casos de daños causados por las cosas inanimadas de las que se vale el médico para ejercer la profesión». En idéntico, sentido, LAMBERT-FAIVRE, Yvonne (en *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979, p. 644) añade que «incluso se ha llegado a crear la categoría de la obligación de seguridad del resultado para referirla a cuidados sanitarios no estrictamente técnicos debidos por los auxiliares de médicos y notarios, comparándolas a aquellas obligaciones que emanan de un contrato en el que el resultado –como el de obra- el resultado es exigible» y, establece que «esto es lo que llamaríamos obligaciones –parciales- de resultado dentro del marco de una obligación –total- de actividad» (op. cit., p. 645). En este sentido, vid., VINEY, Geneviève: «Les obligations. La responsabilité: conditions», en *Traité de Droit Civil*, Ghestin, Paris, 1982, p. 634.

³⁴⁶ Vid., GALÁN GUTIÉRREZ, Eduardo y GALÁN CORTES, Julio César (en «Responsabilidad en Anestesiología: teoría del daño desproporcionado», en *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, núm. 60 (8), 2013, p. 458), precisan que «este principio del “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) fue aplicado en la jurisprudencia de EEUU, por primera vez, en 1863 en el caso *Byrne versus Boadle*, con ocasión de la reclamación formulada por una persona que había sido golpeada en la cabeza con un barril de harina que había caído por la ventana de un almacén. El tribunal invocó esta teoría y sostuvo que en ausencia de negligencia no hubiera caído un barril de harina por la ventana, por lo que no condenó al propietario y poseedor del barril». Por su parte, NAVARRO MICHEL, Mónica (en «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», en *ADC*, Vol. LVI, Fasc., III, 2003, p. 1198), añade que «la formulación clásica de esta regla del *Common Law* proviene de una sentencia dictada dos años más tarde (en 1865) en el asunto *Scout versus London & St. Catherine Docks Co.*, en un supuesto similar (al demandante, que caminaba por la calle junto a un almacén, le caen varios sacos de azúcar inexplicablemente sobre su cabeza): El Tribunal estableció que cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandado o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos si quienes están encargados de controlar la situación actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandado, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia».

³⁴⁷ En este sentido, CREIFIELDS, Carl (en *Rechtswörterbuch*, München, 1970, p. 53) describe la prueba prima facie –*Anscheinbeweis*- indicando que «significa que una cierta situación de hecho corresponde, conforme a la experiencia, a un curso causal típico y determinado. Entonces puede considerarse que la causa fijada ha producido cierto resultado y que la alegación puede tenerse por probada. Corresponde este concepto a la apreciación de la prueba, y no significa una inversión de la carga de probar sino una mera forma de facilitar la prueba». Por su parte, HEINSHEIMER, Franz (en «Der prima facie Beweis und die Beweislast bei Schadensansprüchen», in *Rheinische Zeitschrift*, 1924, p. 1) indica que «a diferencia de la presunción la prueba prima facie se creó precisamente en el ámbito de los resarcimientos de daños». Para RUMELIN, Max (en *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf und Zivilrecht (1900)*, Ed., Kessinger Publishing, 2010, p. 408) la prueba de primera impresión no puede suponer la admisión de una presunción de culpa a cargo del médico por el hecho de que el resultado de una operación haya sido contrario a las expectativas, pues en tal caso el médico siempre sería tenido como culpable si no lograra ofrecer pruebas de inocencia. Y, SANTOS BRIZ (en *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981, pp. 845 y 846) precisa que en materia de responsabilidad civil de médicos se conocen en Alemania los siguientes casos de prueba prima facie: cuando el cuadro clínico

Con esta doctrina, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ arguye que «*el juzgador queda convencido de la existencia de culpa y de nexo causal mediante la utilización de la presunción de hecho*»³⁴⁹.

Téngase presente que la conceptualización anterior parte de la existencia de un resultado que provocado por la intervención médica resulta dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal. En este caso nos encontraríamos ante un modo de prueba que podría tener la consideración de carácter *elíptico*, y por ende, conducente a un sistema de presunción de culpa³⁵⁰.

En virtud de lo anterior, se justifica la afirmación que sostiene que, esta regla «*res ipsa loquitur*» se configura, en consecuencia, como un juicio probabilístico de sentido común, basado en la experiencia de la vida (máximas de experiencia comunes o reglas de criterio humano).

En este sentido, NAVARRO MICHEL precisa que «*únicamente se debería admitir “res ipsa loquitur” en los casos en que el juzgador, sin ayuda de expertos, pueda deducir con base en el sentido común que la causa más probable del daño es la negligencia del demandado. En todos aquellos casos en que sea necesario introducir prueba pericial para explicar una causalidad compleja, quid de la responsabilidad médica, no será posible alegar “res ipsa loquitur”, porque entonces no hablan las circunstancias sino los expertos – máximas de experiencias técnicas-*»³⁵¹.

Por tanto, a través de una deducción de la anormalidad de las consecuencias, cabe la afirmación que sostiene la inexistencia de actuación

puede ser consecuencia de varias causas, pero solo existen motivos para una sola de ellas, la «*Anscheinbeweis*» se basará en dicha causa, aunque en relación con las demás tenga un carácter relativamente raro y el cuadro clínico en cuestión sea una forma posible, aunque no típica, de esa causa; si después de una operación fueron extraídas de la herida por otro médico restos del apósito y se prueba que en el intermedio no trató al lesionado ningún otro médico, debe admitirse que el operador dejó al intervenir dichos restos en la herida; si después de la operación se deja en el vientre del paciente una pinza, la prueba de primera impresión demuestra la culpa del cirujano.

³⁴⁸ «Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamiento», en *AC*, núm. 16, 1995, p. 304.

³⁴⁹ «Comentario a la STS de 8 de mayo de 2003», en *CCJC*, núm. 63, 2003, p. 1194.

³⁵⁰ *Vid.*, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Ed., Civitas, Madrid, 1999, p. 68.

³⁵¹ *Op. cit.*, p. 1211.

médica de conformidad con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente³⁵².

De modo que, el daño médico desproporcionado se configura como aquél no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional y, la aplicación de esta teoría ni produce la inversión de la carga de la prueba (pues corresponde a quien demanda probar los hechos en que sustenta su petición), ni conduce «per se» a la objetivación de la responsabilidad³⁵³ (pues no cabe prescindir del elemento de la culpa), sino que por su virtud se deduce la negligencia de unos determinados hechos probados, siendo posible desvirtuar tal presunción de culpa cualificada acreditando que la actuación fue ajustada a la «lex artis» y que el origen de los daños es ajeno al buen proceder del facultativo³⁵⁴.

La aplicación de esta teoría requiere de la concurrencia de tres requisitos: 1) un evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia del demandado y que, por tanto, es muy probable que la

³⁵² Vid., en este sentido las aportaciones de GALÁN CORTÉS, Julio César: «Estado actual de la responsabilidad civil médica», en el *Libro homenaje al Profesor Alberto J. BUERES (Derecho Privado)*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 1555 a 1565.

³⁵³ En jurisprudencia, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de abril de 2007 [Vlex 1368/200] –ponente XIOL RÍOS-, consideró que: «No resulta de aplicación la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, admitida para daños de otro origen: aquí, incumbe al paciente la prueba de la culpa y del nexo causal». También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 05 de diciembre de 2006 [Vlex 1267/2006] –ponente SIERRA GIL DE LA FUENTE-, declaró la afirmación de: «la concurrencia del requisito de culpa o negligencia, por encontrarse concretados en los artículos 1902 y ss., los deberes médicos cuya infracción genera el daño determinante de la responsabilidad». Asimismo, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 06 de julio de 2006 [Vlex 3442/1999] –ponente SIERRA GIL DE LA FUENTE-, consideró que: «El daño desproporcionado en determinadas ocasiones al examinar la concurrencia de los presupuestos determinantes de la responsabilidad médica, incide en la determinación de la culpabilidad del autor, principalmente a la hora de analizar la responsabilidad de los centros sanitarios y de las entidades de las que dependen [...]. La actividad que debe el médico, a quien se reputan los necesarios conocimientos técnicos, es la de un experto profesional, que, como tal, queda obligado no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia, sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, "lex artis" o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin [...] siendo, desde luego, la impericia 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, como deudor negligente, del daño causado».

³⁵⁴ En el derecho anglosajón la posición doctrinal y jurisprudencial dominante sostiene que para eludir la aplicación de esta presunción judicial reforzada es suficiente con que el demandado ofrezca una explicación causal compatible con su diligencia, no siendo necesario que pruebe la causa exacta del daño.

negligencia de esto lo haya causado; 2) el control exclusivo por parte del demandado del medio material o personal causante del daño y, 3) que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño³⁵⁵.

En virtud de lo anterior, la mejor doctrina³⁵⁶ se ha planteado qué debe entenderse por desproporción del daño, es decir si equivale a un daño muy grave, importante o catastrófico o si, por el contrario, corresponde a un resultado anormal de conformidad a lo que es usual³⁵⁷.

Por su parte, LUNA YERGA³⁵⁸, argumenta que relacionado con lo anterior y en la hipótesis de que el daño desproporcionado pueda ser entendido, sin más consideraciones, como un daño grave o catastrófico – propiciando la condena del facultativo sin consideración alguna de su negligencia-, se argumenta que no resulta para nada claro que la mera producción de un daño muy grave presuponga «per se» la existencia de una culpa médica.

En suma, dicha cuestión se solventa a nuestro prudente entender y apoyándonos en que no cualquier daño puede originar la aplicación de esta teoría, sino que es necesario que se trate de un daño anormal, es decir, que será suficiente con que no ocurra normalmente y que no se encuentre en consonancia con la «lex artis» debida³⁵⁹.

³⁵⁵ Así, GALÁN GUTIÉRREZ y GALÁN CORTES, *op. cit.*, p. 459.

³⁵⁶ *Vid.*, en este sentido, las aportaciones de VICENTE DOMINGO, Elena: «El daño», en *Tratado de responsabilidad civil* (coord.), Luis Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Vol. 1, 2008 (Parte General), p. 307; LUNA YERGA, *op. cit.*, p. 188 y, Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís: «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», en *ADC*, Vol. 54, núm. 3, 2001, p. 1009.

³⁵⁷ *Vid.*, Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «La culpa...», *op. cit.*, p. 1009.

³⁵⁸ *Op. cit.*, p. 188.

³⁵⁹ *Vid.*, en este sentido, VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2001, p. 140. Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de diciembre de 2002 [Vlex 1288/2002] –ponente CORBAL FERNÁNDEZ-, considera que: «Como consecuencia de ello aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente, y no al médico (Sentencias, entre otras, de 23 de febrero y de 31 de julio de 1996; de 28 de julio y de 16 de diciembre de 1997, de 12 marzo -dos- y de 14 abril de 1999, de 23 octubre de 2000 y de 4 de junio de 2001), sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño [...]. En este sentido, las SSTs, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 junio 1989; de 02 diciembre de 1996; de 19 febrero y

En virtud de lo anterior, se puede considerar que aunque en algunas sentencias el daño desproporcionado ha sido adjetivado como “enorme”, lo cierto es que no se trata necesariamente de un daño desorbitado ni de extraordinarias consecuencias para el paciente y, consecuentemente, con lo anterior el daño será desproporcionado cuando resulte anómalo como consecuencia de una actividad médica concreta, no correspondiéndose con las posibles y definidas complicaciones acaecidas de la intervención.

2.2.1. Los primeros antecedentes en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A este respecto y como primera resolución que aplica expresamente, la teoría del daño desproporcionado³⁶⁰ en la responsabilidad civil médica, conviene traer a colación la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de diciembre de 1996*³⁶¹, en relación de un caso en que la paciente sufrió una fuerte hemorragia dos horas después de dar a luz con aparente normalidad, sangrado que únicamente pudo ser detenido mediante una histerectomía subtotal, provocándole a ésta una anoxia cerebral sobrevenida por la gran cantidad de sangre perdida. Concretamente, el Tribunal estableció que:

de 09 y de 21 diciembre de 1999; de 31 julio de 2002) o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria». También, por lo que respecta a este último aspecto, la SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 31 de julio de 1996 [Vlex 695/1996] –ponente BURGOS PÉREZ DE ANDRADE- (indicios muy cualificados por anormales), de 02 de diciembre de 1996 [RJ 1996\8938] –ponente ALMAGRO NOSETE- (la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba), de 28 de julio de 1997 [Vlex 719/1997] –ponente ALMAGRO NOSETE- (la mejor posición probatoria en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad no puede excusar de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia o imprevisión por su parte), de 19 de febrero de 1998 [Vlex 122/1998] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ- (alude a la obstrucción o falta de cooperación del médico cuando el daño al paciente es desproporcionado), de 29 de julio de 1998 [RJ 1998\6453] –ponente GARCÍA VARELA- (cuando se debían haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos), de 28 de diciembre de 1998 [Vlex 1212/1998] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ- (la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina por ser quién se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba) y, más recientemente, de 31 de julio de 2002 [Vlex 759/2002] –ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ-.

³⁶⁰ Esta teoría fue aplicada por primera vez por la Cour de Cassation francesa en Sentencia, de 28 de junio de 1960, en un supuesto de radio-dermitis sufrida por un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X, cuyas puertas protectoras no estaban bien cerradas.

³⁶¹ [RJ 1996\8938] –ponente ALMAGRO NOSETE-.

«asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuando a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la “lex artis ad hoc”, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización».

En este sentido, LUNA YERGA sostiene que *«el razonamiento que se encuentra presente en la doctrina del daño desproporcionado no es una creación original, sino que más bien resulta de una adaptación de la teoría francesa de la “faute virtuelle”, consistiendo en un argumento al contrario, según el cual no podría haberse dado un resultado desproporcionado de no haber mediado culpa o negligencia»*³⁶².

Por su parte, O'CALLAGHAN pone de manifiesto que *«si en el tratamiento médico se produce un daño en la persona del paciente, que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico y éste no explica la causa de tal daño, este resultado desproporcionado acredita el nexo causal entre la actuación del médico y el daño, es decir, que este daño desproporcionado se causó por la acción u omisión del médico»*³⁶³.

Esta doctrina ha sido acogida por numerosas sentencias jurisprudenciales. Así, entre otras, las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo civil, de 29 de junio de 1999*³⁶⁴ y *de 09 de diciembre de 1999* –la primera en el caso de una extirpación de vesícula biliar de una mujer

³⁶² *Op. cit.*, pp. 187 y 188 y, *vid.*, las aportaciones de GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 241. En jurisprudencia, conviene destacar que el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia, Sala 1.ª, de lo Civil, de 09 de diciembre de 1998 [R] 1998\9427] –ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ-, referida a un supuesto en que a raíz de una infección post-operatoria se produjo el fallecimiento de la paciente, identifica de forma expresa la doctrina de los daños proporcionados con las reglas «res ipsa loquitur» del Common Law; la regla «prima facie o Anscheinsbeweis» alemana y la «faute virtuelle» de la doctrina francesa.

³⁶³ «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», en *AC*, núm. 1, 2001, p. 13.

³⁶⁴ [R] 1999\4895] -ponente O'CALLAGHAN MUÑOZ-.

relativamente joven, que fallece tras la misma y, la segunda en el supuesto de una operación de cataratas, que produce la pérdida de un ojo- declaran, con un texto reproducido en muchas otras sentencias, lo siguiente:

*«Debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también repetida y que es preciso recordar, sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, las SSTs, de 13 de diciembre de 1997 y, de 9 de diciembre de 1998), que, como expresa la STS, de 29 de junio de 1999, “corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del “Anscheínsbeweis” (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la “faute virtuelle” (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima”».*³⁶⁵

Por otra parte, y con la finalidad de corregir una desafortunada e inadecuada aplicación extensiva de la doctrina antes descrita y sentada por la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo civil, de 02 de diciembre de 1996*³⁶⁶, la jurisprudencia del TS en resoluciones

³⁶⁵ En similar sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de septiembre de 2003 [RJ 2003\6418] –ponente O’CALLAGHAN MUÑOZ-, donde como consecuencia de la extirpación de un quiste en la base del cuello, se produjo en un paciente la lesión parcial del nervio espinal. Demandados el facultativo, el Servicio de Salud y la compañía aseguradora resultaron absueltos en las dos instancias. El TS estimó el recurso refiriéndose a las sentencias de la Sala que declaran que *«ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y añaden 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 y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del “Anscheínsbeweis” (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la “faute virtuelle” (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto».*

³⁶⁶ [RJ 1996\8938].

posteriores la ha matizado sustancialmente. En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo civil, de 19 de julio de 2001*³⁶⁷, señaló que:

«Cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente y no el paciente».

De forma tal que, si el facultativo facilita una explicación convincente, coherente, razonable y suficiente del origen del daño y acredita que no fue debido a su negligencia, no se le podrá imputar ninguna responsabilidad y, por tanto, el médico no deberá responder de ningún daño, por desproporcionado que parezca, siempre que pruebe que no fue debido a su negligencia³⁶⁸, debido al hecho de la imposibilidad de poder atribuírsele cualquier consecuencia, por nociva que sea, que recaiga fuera de su campo de actuación³⁶⁹.

³⁶⁷ [Ponente VÁZQUEZ SANDES].

³⁶⁸ En este sentido, *vid.*, en la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de noviembre de 2005 [núm. 943/2005] –ponente SEIJAS QUINTANA– se declara la inaplicabilidad de esta teoría del daño desproporcionado con ocasión de la aparición de una angina de Ludwig tras la extracción complicada del segundo molar inferior derecha (pieza 47), por cuanto el facultativo ha facilitado una explicación suficiente y convincente del origen del daño, acreditando ser ajeno a su diligente actuación. Declara la Sala, en su fundamento de derecho cuarto, que: *«Por lo demás, aun siendo llamativo el resultado para un profano, que no entiende que de una extracción dental se pueden derivar tan graves consecuencias, ello no permite la aplicación de la técnica del llamado daño desproporcionado, como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, puesto que este resultado se explica de una forma coherente y convincente en la sentencia en razón a la virulencia de los gérmenes involucrados en la infección, que difícilmente las hubieran evitado, recordando que la patología de que se trata, a pesar de un tratamiento correcto, presenta un elevado índice de morbi-mortalidad, así como que existen otras muchas patologías que en ocasiones muestran un cuadro progresivo y evolucionan mal. En el ámbito de la responsabilidad más o menos objetiva, incluida la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la LEC, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 275 LEC), bien es cierto que con algunas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva, en los que se atenúa la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para proteger de manera más efectiva a la víctima, flexibilizando tales criterios por lo que tampoco responderá de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, como es el caso [STS, de 20 y 23 de marzo de 2001]».*

³⁶⁹ *Vid.*, en este sentido, las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de julio de 1987 [RJ 1987\5488]; de 19 de octubre de 2007 [La Ley 165790/2007] y de 23 de enero y de 30 de enero de 2009.

De esto se puede deducir que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sola la existencia de responsabilidad civil del médico, sino la exigencia a éste de dar una explicación coherente sobre el porqué de la importante discordancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia acaecida finalmente.

En estos términos, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo civil, de 23 de octubre de 2008*, en relación al fallecimiento durante el embarazo de una mujer de veintitrés años a la que se le había practicado una fecundación *in vitro* y cuyo óbito se produjo como consecuencia de una eclampsia asociada a un síndrome de *HELLP*, declaró que:

«El daño médico desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional [SSTS, de 23 de mayo y de 8 de noviembre de 2007 (Recurso 40 y 3976 de 2000)]. En el caso de daño desproporcionado, o resultado “clamoroso”, el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria [STS de 10 de junio de 2008 (núm. 508)]. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida [SSTS de 16 de abril de 2007 (núm. 417); de 30 de abril de 2007 (núm. 465); de 14 de mayo de 2008 (núm. 431)], de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación [STS, de 23 de mayo de 2007 (núm. 546)], creando o haciendo surgir una deducción de negligencia [SSTS, de 16 y 30 de abril de 2007]. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “onus probandi” de la relación de causalidad y la presunción de culpa».

«En el caso, evidentemente, hay un resultado desproporcionado entre la actividad inicial y el resultado producido, pero no procede la apreciación de responsabilidad civil sanitaria porque se ha declarado probada la causa del fallecimiento, y no se aprecia negligencia médica. Es decir, ha habido la explicación y justificación médica que excluye la

aplicabilidad de las consecuencias de la doctrina jurisprudencial expuesta»³⁷⁰.

De lo anterior, se desprende que nos encontramos ante una teoría muy ajustada, de aplicación prudente. Si bien, el principal problema en la mayoría de los casos radica -como norma general- en su aplicación irrazonable. Aplicación sustentada -en ocasiones- en un razonamiento injustificado, donde se da por hecho que el resultado indeseado es desproporcionado, lo cual siempre no resulta equiparable³⁷¹.

En síntesis, se rechaza el empeño apreciado en algunas resoluciones jurisprudenciales que propugnan por encontrar de forma inexorable un responsable que pague los daños y perjuicios sufridos por una persona, cuando realmente no consta la existencia de negligencia alguna en quienes pudieron ser causa material de dicho acaecimiento, debido al hecho de haber procedido con una conducta acorde a la «lex artis». De ahí, que en dicha teoría con fundamento no quepa, convertir al médico, en una especie de asegurador universal de todas las lesiones indeseadas, pero inevitables con la diligencia debida que presente el paciente como consecuencia de su actuación.

³⁷⁰ En idéntico sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 30 de abril de 2007 [La Ley 17296/2007] –ponente CORBAL FERNÁNDEZ-, en un supuesto de ceguera de un niño con Síndrome de down tras una operación de cataratas congénitas bilaterales, declara que: «*Debe observarse que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida. El Juzgador a quo sostiene que no hay relación de causalidad entre el implante de la lente intraocular en el año 1991 y la infección grave que se detecta en mayo de 1993*». También, en el mismo sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de octubre de 2007 [La Ley 165790/2007] –ponente SEIJAS QUINTANA-, en relación con la muerte de un niño en una operación de amigdalotomía, señaló que: «*[...] las pruebas de anestesia no se hicieron no solo porque no eran aconsejables sino porque podrían ser contraproducentes para la salud de la menor, y las paradas cardio-respiratorias se produjeron en fase de reanimación en el propio quirófano, donde se efectuaron las maniobras precisas. Pero es que, además, la primera vez que se producen las manifestaciones clínicas estas eran imprevisibles e inevitables, como también lo son los reflejos vagales, y ello en ningún caso implica que haya acción u omisión que pueda ponerse a cargo de los profesionales que le intervinieron, cuya actuación se desarrolló conforme a la “lex artis ad hoc”*».

³⁷¹ *Vid.*, GALÁN GUTIÉRREZ y GALÁN CORTES, *op. cit.*, p. 460.

Asimismo, no debe equipararse daño o resultado desproporcionado con resultado indeseado³⁷², desafortunado o insatisfactorio, puesto que resulta evidente que todo resultado desproporcionado es indeseado, pero no todo resultado indeseado ostenta la calificación de desproporcionado «per se», sobre todo si se trata de la materialización de un riesgo típico de la intervención efectuada y el proceder médico se ajustó en todo momento a la «lex artis»³⁷³.

Téngase presente que, en principio, no será suficiente la existencia de un resultado desafortunado para considerar responsable al médico interviniente, sino que se requiere de la oportuna acreditación de que dicho resultado dañoso se ha originado como consecuencia de su negligencia, impericia o imprudencia, es decir, de su propia culpa.

En este sentido, en la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de octubre de 2007*³⁷⁴, se desestima el recurso de casación por considerar que no son responsables los facultativos denunciados del fallecimiento de un menor después de ser sometido a una operación de amigdalectomía con adenoidectomía, considerándose que la actuación de los profesionales que intervinieron al menor, se desarrolló de conformidad con la «lex artis ad hoc». Concretamente, el alto Tribunal concluyó que:

³⁷² En concreto, en el voto particular emitido por MARÍN CASTÁN (respecto a la doctrina jurisprudencial del resultado desproporcionado como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico demandado la demostración de su propia diligencia) a la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 31 de enero de 2003, en que se falló la responsabilidad de un cirujano que intervino a un paciente de incontinenia anal parcial, se considera que «es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exige al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada». De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, «no pueda calificarse de resultado desproporcionado el daño indeseado o insatisfactorio, pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada», puesto que se añade que, «en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 CC solo puede fundarse en su culpa o negligencia».

³⁷³ Así, GALÁN GUTIÉRREZ y GALÁN CORTÉS, *op. cit.*, p. 459.

³⁷⁴ [La Ley 165790/2007] –ponente SEIJAS QUINTANA–.

«[...] se trata de un daño no desproporcionado en relación con la patología sufrida y que las pruebas de alergia eran desaconsejadas por contraproducentes en la salud del menor, así como la suficiencia acreditada de medios vinculados al desarrollo de la operación y la existencia de complicaciones imprevisibles».

También, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de junio de 2001*³⁷⁵, con ocasión de la lesión medular causada por la aplicación de una anestesia epidural, declaró en su fundamento de derecho sexto que:

«el mero índice estadístico de complicaciones derivadas de la raquianestesia no permite concluir que cualquier lesión o parálisis subsiguiente a la aplicación de esa técnica sea jurídicamente exonerable por encontrarse dentro del porcentaje racional de riesgo, ya que la estadística no discrimina la proporción que, dentro de ese porcentaje, es en realidad imputable a una deficiente aplicación de la técnica».

Por tanto, aunque constituye un resultado indeseado y poco probable, lo cierto es que no se puede calificar de desproporcionado y, en consecuencia, generador de responsabilidad si su causa fue una mala técnica quirúrgica o si no se informó adecuadamente al paciente antes de la intervención para obtener su consentimiento informado previo.

En definitiva, no debe equipararse el riesgo típico de una intervención médico-quirúrgica con el daño desproporcionado. De forma que, si aun a pesar de haber realizado una técnica médica impecable se materializase un riesgo típico del que el paciente fue oportunamente informado y cuyo origen radica en causas inevitables, indudablemente, el médico no habrá incurrido en ningún tipo de culpa o negligencia y, por tanto, no resultará de aplicación la teoría del daño desproporcionado. Además, si la responsabilidad del facultativo emana de la falta de información de ese riesgo típico materializado después de la intervención quirúrgica, la condena de éste no se podrá fundar en la teoría del daño desproporcionado, debido a que el daño no es desproporcionado en el sentido antes analizado, sino que deberá

³⁷⁵ [TOL2.634.520] –ponente MARÍN CASTÁN–.

sustentarse en la omisión del consentimiento informado –consentimiento considerado como un componente fundamental de la <lex artis>-.

2.2.2 La Aplicación de la Teoría del Daño Desproporcionado

Como ya se ha anunciado, nuestro TS también se ha apoyado en la consolidada teoría del daño desproporcionado para deducir, ante su presencia y la falta de explicación coherente y convincente de su aparición, la existencia de culpa en la actuación de médico-anestesiista, conforme a las máximas de experiencia.

Así, entre otras, la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil de 13 de diciembre de 1997*³⁷⁶ (fallecimiento de un paciente anestesiado); de *12 de diciembre de 1998*³⁷⁷ (paciente que iba a ser intervenida de un quiste maxilar, y antes de empezar el acto quirúrgico, en la fase anestésica, sufrió una hipotensión a cero con privación de oxígeno al cerebro, ocasionándole infartos en la corteza cerebral por anoxia, con muerte irrecuperable de las neuronas correspondientes a las zonas motoras y sensitivas, que desencadenó una tetraplejia espástica con síntomas de descerebración, como consecuencia de una incorrecta intubación de la enferma, así como de un inadecuado control de su respiración asistida que exigía un constante seguimiento) y de *23 de mayo de 2007* (paciente que, tras ser sometido a una septoplastia, sufrió hipoxia y entró en coma profundo, falleciendo unos días después).

En virtud de lo anterior, conviene precisar que en todos estos supuestos entra en juego la teoría del daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, debido a que se ha producido un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente.

Sin embargo, en el ámbito anestesiológico la aplicación de la teoría del daño desproporcionado también ha sido descartada por nuestro TS.

³⁷⁶ [La Ley Juris: 310/1998].

³⁷⁷ [TOL5.119.629].

En este sentido, y poniendo en relación los aspectos que delimitan el daño desproporcionado con el debido cumplimiento de la obligación de información del profesional sanitario, no se puede considerar como tal el daño típico del que debidamente ha sido informado el paciente, debido a que no es “anómalo” puesto que el paciente ha asumido el riesgo.

En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 30 de junio de 2009*³⁷⁸, señaló que:

«no puede existir daño desproporcionado por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado; explicación que excluye la aplicabilidad de las consecuencias de esta doctrina jurisprudencial, al no poder atribuírsele cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación».

De modo que, la existencia de una explicación coherente por parte del profesional médico-anestésista demandado, del desafortunado daño, excluye la aplicación de la teoría del daño desproporcionado y, por tanto, no cabe alterar los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con la carga de la prueba de la relación de causalidad y la culpa. De ahí que el alto Tribunal, absolviese al cirujano y al anestésista demandado al considerar que *«su actuación se ajustó en todo momento a la “lex artis”*».

Otros ejemplos, en los que se niega la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado a las secuelas derivadas de la utilización de la anestesia, basándose en que su utilización puede determinar riesgo acaecido, los encontramos en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, de 18 de diciembre de 2009*³⁷⁹, en relación con

³⁷⁸ [La Ley 125075/2010] –ponente SEIJAS QUINTANA-. Esta sentencia, fue dictada con ocasión de una demanda formulada por una paciente intervenida, bajo anestesia epidural de cirugía estética mamaria de las que, se estima, sí fue informada previamente y que a resultas de la cual quedó con una paraparesia de miembros inferiores por presentar un síndrome de cola de caballo. Esta complicación neurológica surgió en el post-operatorio inmediato y se encuentra descrita dentro de las posibles complicaciones asociadas a la técnica anestésica epidural en un porcentaje de uno cada doscientos mil casos, sin que quepa ni atribuirle a una «mala praxis» ni fuera posible evitarla por no existir ningún factor de riesgo en la paciente que pudiera hacer sospechar una mayor predisposición a padecerla.

³⁷⁹ [Ponente TRILLO ALONSO].

las secuelas derivadas de la anestesia por dificultad en la intubación. El alto Tribunal, señaló que:

«La doctrina jurisprudencial relativa al daño desproporcionado y que justifica la inversión de la carga de la prueba eximiendo al paciente de tener que probar el nexo causal, no es de aplicación al caso enjuiciado en el que el resultado lesivo se produjo como consecuencia de un accidente anestésico. Nos encontramos ante un daño indeseado o no satisfactorio que, por encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, no permite la inversión de la carga de la prueba, solo aplicable para supuestos en los que, pese a no tratarse de una situación comprometida o de riesgo se llega a resultados insólitos y desproporcionados de gravedad. Al respecto ha de reconocerse que el acto anestésico es por sí mismo generador de un riesgo para la vida y la integridad física y mental del paciente [...]».

En idéntico sentido, se pronunció *la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de septiembre de 2010*³⁸⁰, que conoce de una complicación neurológica post-anestésica, con ocasión de la demanda formulada por un paciente que quedó parapléjico tras ser intervenido, bajo anestesia epidural, de una hernia inguinal. Concretamente, el alto Tribunal precisó que:

«Sin duda para cualquier profano en temas médicos, la intervención de una hernia inguinal no debería tener en principio como resultado la paraplejía del intervenido. Ahora bien, el daño tiene su origen en la aplicación de la anestesia y es indudable que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente». Y afirmó que: *«que el daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el*

³⁸⁰ [R] 2010\7135] –ponente SEIJAS QUINTANA-.

principio de facilidad probatoria. Sin embargo en el presente caso, no existe daño desproporcionado cuando hay una causa que explica el resultado»³⁸¹.

³⁸¹ *Vid.*, en idéntica línea, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de enero de 2011 [RJ 2011\299] –ponente SEIJAS QUINTANA-, la cual excluye la aplicación de la teoría del daño desproporcionado, analiza la demanda formulada por el esposo e hijas de una paciente intervenida de mastopexia bajo anestesia local y sedación, en el curso de la cual sufrió lesiones irreversibles, encontrándose desde entonces en una situación de coma profundo. La demanda se dirigió contra el médico-anestesta y su aseguradora, en reclamación de indemnización de los daños y perjuicios. La sentencia de 1.ª Instancia estimó parcialmente la demanda condenando de forma solidaria a los demandados con fundamento de la doctrina del daño desproporcionado, señalando a tal respecto que, «*estando recomendado por la Sociedad Española de Anestesiología y Reanimación el control de la presión arterial, al menos, cada cinco minutos, el demandado no acreditó que así fuera*», concluyendo que el anestesta realizó actos contrarios a la «*lex artis*», lo cual unido a que tampoco se había probado por los demandados que existiera una desconexión absoluta, desde el punto de vista causal, entre el deficiente control de la presión y la parada cardiorrespiratoria sufrida por la paciente, determinaba a su juicio que el médico anestesta y su aseguradora debían ser condenados a responder por los daños causados. El recurso de apelación formulado por los condenados fue estimado en 2.ª instancia revocándose la mencionada sentencia y desestimando la demanda interpuesta, absolviendo a los demandados, al considerar inaplicable al caso la doctrina del daño desproporcionado.

Concretamente, esta sentencia señaló que «*la doctrina de la «res ipsa loquitur» no es aplicable a los actos anestésicos en la medida en que se trata de una intervención que comporta siempre riesgos importantes, por lo que pueden producirse incidencias de gravedad*». Asimismo, estima la Audiencia Provincial que la prueba practicada no permite determinar la causa de la parada cardiorrespiratoria sufrida, si bien descarta que esta fuera, como se había alegado, la hipotensión arterial sostenida, destacando además que no había prueba de que la actuación desplegada por el anestesta no se ajustara a la «*lex artis*», ni tampoco de la relación de causalidad. Además, subraya esta resolución que «*el acto anestésico es por sí mismo generador de riesgo para la vida y la integridad física del paciente, ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide confundir la simplicidad de una determinada afección que se trata de solventar con la intervención, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia [...]*».

Concretamente el TS confirmó la sentencia absolutoria dictada en 2.ª instancia, declarando la inaplicabilidad de esta doctrina en el caso analizado, reiterando, en su fundamento de derecho segundo, los principios de ésta: «*La doctrina llamada del daño desproporcionado no comporta, al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación de responsabilidad objetiva por una mala praxis médica fuera de los casos previstos en la ley sustantiva ni la aplicación de una regla procesal de inversión de carga de la prueba en supuestos no previstos en la ley procesal, sino el reconocimiento de que la forma de producción de determinados hechos es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a reglas de experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias, solo susceptible de ser refutada por parte de quien tiene en sus manos el dominio de la actividad y la proximidad y disposición de los instrumentos aptos para justificar lo ocurrido*».

En suma, el TS distingue el alto riesgo que comporta la anestesia del riesgo de la intervención quirúrgica subyacente, calificando como daño desproporcionado solo aquél que desde el punto de vista científico reúne tal condición, a pesar de lo cual excluye la

En definitiva, conviene concluir que aunque la doctrina del daño desproporcionado en relación al médico-anestesista es rechazada por nuestro TS, creemos prudente que no debería establecerse en todo acto anestésico como principio inalterable dicha exclusión, sino que debería valorarse cada caso concreto en función de las circunstancias, riesgos y demás complicaciones acaecidas.

En este sentido, conviene precisar que lo anterior no supondría una alteración del principio de culpabilidad de la responsabilidad civil del médico-anestesista, sino la exigencia a éste -ante la aparición de un daño ni previsto ni explicable en su ámbito de actuación-, de facilitar una explicación o justificación coherente y sobre todo convincente sobre el porqué de la discordancia acaecida entre el riesgo inicial que implicaba su actividad y la consecuencia final acaecida. Sin embargo, debemos tener presente que en este ámbito anestésico resulta innegable que su aplicación comportaría de una cautela especial y más rigurosa que en el resto de especialidades, debido a las características que presenta el acto anestésico y al riesgo inherente a éste, con independencia de que la intervención quirúrgica sea sencilla.

2.2.3. Cuestiones concretas del acto anestésico en relación con la teoría del daño desproporcionado

Nuestro TS aunque tras analizar y precisar de forma detallada en numerosas sentencias cuáles son las obligaciones esenciales que ostenta el médico-anestesista, ha incidido de forma acertada en el inexcusable deber que ostenta dicho facultativo respecto de la vigilancia y control del paciente en todo momento, lo cierto es que debe tenerse presente que sí toda actividad médica comporta un riesgo, éste resultará más patente –si cabe- en esta disciplina. De ahí que la aplicación de la teoría del daño desproporcionado en anestesiología deba ser más cauta y restrictiva que en el resto de especialidades médicas.

aplicación de esta doctrina cuando el facultativo facilita una explicación razonable de lo acontecido.

Por lo que a esta materia se refiere, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de febrero de 2002*³⁸², en relación a una demanda formulada por un paciente que, tras ser intervenido de septoplastia, quedó con diversos desórdenes neurológicos, estableció que

«al médico anestesista no puede exigírsele que durante la intervención no surja complicación alguna sino que, si la complicación se presenta, lo exigible es que reaccione de la forma más adecuada para solventarla o paliar sus efectos según la técnica y conocimientos propios de su especialidad, todo ello, evidentemente, previa comprobación del material e instrumental a emplear y previa conexión de los sistemas de monitorización y detección puestos a su disposición por el centro de acuerdo con el estado de la técnica y las normas que rijan el equipamiento preciso en quirófano». Y, asimismo, el alto Tribunal añadió que: *«la primera y fundamental obligación del médico-anestesista en el quirófano, tras una correcta intubación cuando fuere preciso realizarla, es la continua y atenta vigilancia del curso del estado del paciente. Así se cumple el deber de advertencia o detección de cualquier anomalía que se presente, paso previo e indispensable para evaluar la situación y aplicar los remedios necesarios con la premura que exige la prevención del grave riesgo en curso».*

También, en la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993*³⁸³, con ocasión de una intervención realizada para la extirpación de un quiste sacrocoxígeo, son indicados los puntos configuradores del canon de actuación del médico-anestesista. Concretamente, el alto Tribunal encuentra reprochable la actuación de los médicos que:

«[...] no se apercibieron de la parada cardíaca cuando ésta se produjo y este hecho es determinante de las consecuencias dañosas posteriores», y «el no apercibirse cuando se produjo la parada supone una falta de vigilancia del paciente, al no haber tomado las precauciones y cuidados para evitar accidentes conforme a las reglas consagradas por la práctica médica operatoria, máxime cuando, según todos los informes periciales, la anestesia implica riesgos y estos riesgos son previsibles y evitables». Y

³⁸² [R] 2002\1001] –ponente MARÍN CASTÁN-.

³⁸³ [R] 1993\2545] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-.

concluye con el reproche al anestesista de que *«pudo advertir la parada cardiaca inmediatamente y adoptar las medidas necesarias en tiempo útil para evitar las consecuencias que necesariamente se derivarían de la anoxia cerebral causada por aquella parada cardiaca»*.

En el asunto en autos, al finalizar la operación y pasar al operado de la posición de decúbito prono a la de decúbito supino, se aprecia midriasis intensa y parada cardiaca; como consecuencia de lo anterior, y después de reanimarle, el paciente, según informe del médico forense, se encuentra afecto de un cuadro cerebral anóxico que origina una demencia orgánica. Asimismo, se encuentra profundamente alterada su facultad de ideación, es incapaz de expresar sus deseos, emite constantemente quejas inteligibles, padece crisis de inquietud y agitación psicomotriz, siendo su capacidad intelectual prácticamente nula y precisando para todas las maniobras de aseo y comida la ayuda de otra persona. Además, también es precisa la vigilancia permanente del enfermo para evitar autoagresiones. El cuadro clínico es consecuencia de una anoxia cerebral en el curso de una intervención quirúrgica. Se encuentran afectados el tronco cerebral y extensas áreas cerebrales. Presenta una hemiparesia corporal derecha con afasia. Se trata de una situación irreversible que incapacita al enfermo de forma permanente, siendo su diagnóstico final de *«hipoxia cerebral masiva por paro cardiaco, en situación de coma vigil»*.

De modo que la sentencia pone la causa de los daños sufridos por el paciente en la falta de monitorización del mismo, que hubiera permitido el control de la actividad eléctrica del corazón y advertir la parada cardiaca a tiempo de aplicar adecuadamente los medios de reactivación de las funciones vitales, haciéndose notar por el Tribunal que, aunque se admitiera a efectos dialécticos que se utilizó el citado medio de control, se observó tardíamente la parada cardiaca sufrida por el paciente, lo que impidió que éste se hubiera reanimado absolutamente al aplicarle los medios necesarios.

En definitiva, la sentencia hace derivar la responsabilidad que declara respecto al médico-anestesista interviniente de la inobservancia de las reglas técnicas adecuadas para mantener las funciones vitales óptimas

durante y después de la operación quirúrgica, o para la reanimación del paciente al advertir la situación crítica en que se encontraba.

Por su parte, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de julio de 1999*, pone de manifiesto el necesario control en el quirófano de la frecuencia cardíaca y del ritmo respiratorio del paciente, debiendo el médico-anestesiista vigilar, de forma permanente, el aparato que mide la entrada de oxígeno.

Esta sentencia analiza la actuación del médico-anestesiista con ocasión de la demanda formulada por el padre de un menor de siete años que, en el curso de una intervención quirúrgica practicada para corregir un estrabismo, experimentó una parada cardíaca que fue determinante de una encefalopatía anóxica, causante de una tetraparesia espástica con afectación extrapiramidal.

Concretamente, el alto Tribunal considera fundamental la existencia o no de monitorización mientras que el paciente se encuentra sometido a la anestesia, por cuanto la vigilancia del mencionado monitor constituye, en su criterio, un elemento clave a los efectos de enjuiciar la duración de la parada cardíaca y la consiguiente administración de los fármacos indicados. Al respecto, el Tribunal declara que:

«La existencia de una parada cardíaca debiera haber sido detectada en el mismo momento en que se produjo [...]; el eje de la cuestión gravita en sí la parada cardíaca fue detectada rápidamente y se tomaron las medidas adecuadas o pasó inadvertida en un principio y hubo un retraso en la aplicación de las maniobras de reanimación [...]. Tiene gran transcendencia el tiempo de duración de la parada cardíaca padecida en el quirófano por el niño intervenido, causante de la encefalopatía post-anóxica con lesiones corticales, subcorticales y en ganglios de la base [...]. Existe un tiempo mínimo a partir del cual la lesión celular se convierte en irreversible y se produce la necrosis y muerte celular; el periodo de tiempo mínimo necesario para que se produzca esta necrosis celular es de tres minutos en las condiciones más desfavorables, ya que en ciertas circunstancias este periodo de tiempo puede ampliarse hasta cuatro y cinco minutos. La importancia del tiempo de duración de la parada cardíaca se erige en el

elemento nuclear del caso que nos ocupa para establecer si hubo una actitud diligente por parte de los profesionales en detectar la parada cardiaca con la suficiente precocidad y aplicar las medidas terapéuticas necesarias [...]. En un paciente monitorizado la no detección de una parada y/o una bradicardia de intensidad y duración suficientes para provocar lesiones neuronales irreversibles supone una actuación negligente por parte del encargado de controlar y vigilar la función cardiorrespiratoria».

En síntesis, para la Sala se desprende que el sistema de monitorización utilizado, con independencia de que tenga o no la alarma, exige un control directo por parte del médico-anestésista, con la finalidad de verificar que la frecuencia cardiaca y el trazado se encuentran dentro de la normalidad y así poder detectar los posibles problemas que surjan con relación a los parámetros sometidos a control e iniciar el tratamiento adecuado. Finalmente, el Tribunal, concluye que:

«La monitorización permitía a un anestésista atento detectar, con suma rapidez, las anomalías del ritmo cardiaco, de manera que una intervención inmediata con los fármacos adecuados hubiera evitado la prolongación de la bradicardia y procurado la rápida reanimación, según los patrones normales».

CAPÍTULO CUARTO

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ANESTESIOLOGÍA

I. CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA <LEX ARTIS>

En las últimas décadas la relación médico-paciente ha evolucionado en favor de los derechos del paciente. Se ha pasado de una concepción paternalista, en la que el médico era quien consideraba qué información se daba al paciente y quien decidía que actuación se iba a llevar a cabo, a un planteamiento en el que el médico debe en primer lugar informar al paciente y es el paciente quien decide al respecto. De ahí la gran importancia que ha adquirido en el ejercicio de la medicina el mal denominado “consentimiento informado”³⁸⁴.

1. CONCEPTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES

Téngase presente que aunque la importancia de la información al paciente en la toma de decisiones y del respeto a su voluntad surgió por primera vez en la jurisprudencia norteamericana, en concreto, en el caso de *Schloendorff, versus Society of New York Hospitals* de 1914, donde se reconoció el derecho del paciente a la “autodeterminación” o a la autonomía en la decisión³⁸⁵ sentándose con ello el requisito del paciente al consentimiento, aunque será con posterioridad cuando se construya el vínculo entre la obligación de obtener el consentimiento y la obligación de suministrar al paciente la información.

³⁸⁴ *Vid.*, en este sentido RUIZ JIMÉNEZ, Juana: «Derecho a la información y consentimiento informado», en VVAA, *Manual de Enfermería Legal y Forense*, DÍAZ DE SANTOS, (dir.), 2.ª ed., 2012, p. 139 (pp. 135 a 158)

³⁸⁵ Sentencia del Juez CARDOZO en el caso de *Schloendorff* de 1914, contra la *Society of New York Hospitals* (1914) (AA. VV: *Lexicón: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Consejo Pontificio Para La Familia, Madrid, 2006, 2.ª ed., p. 118).

En este sentido, el término “consentimiento informado” apareció por primera vez en una sentencia norteamericana de 1957, concretamente, en el caso *Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*³⁸⁶, pero será con la sentencia del caso *Canterbury versus Spencer*, de 1972 cuando definitivamente se sienten las bases de la doctrina del consentimiento informado, al establecer el Tribunal que:

«Es el derecho de autodeterminación del paciente el que establece la carga del deber de revelación. Este derecho solo puede ejercerse de forma efectiva si el paciente posee una información suficiente que le capacite para elegir de forma inteligente».

A mayor abundamiento, conviene puntualizar que han sido dos las premisas básicas que han conformado la doctrina del consentimiento informado: de una parte, la obligación del facultativo de proporcionar al paciente la información adecuada antes de proceder a realizarle cualquier intervención; de otra, la potestad que ostenta el paciente para rechazar una intervención y, por tanto, la consecuencia mediata de que surja la obligación de que se produzca un acto suyo de autorización previa a la misma.

De modo que esta doctrina del consentimiento informado constituye el respeto a la autonomía del paciente como un requisito imprescindible de la relación sanitaria legítima.

³⁸⁶ En este caso, el paciente afectado de arteriosclerosis, se sometió a una aortografía diagnóstica, bajo anestesia y con el uso del contraste, presentando al día siguiente de su práctica, como complicación de la misma, una parálisis irreversible de los miembros inferiores de la que no había sido advertido. El tribunal estimó la demanda en base a esa omisión informativa del médico, destacando la relevancia de información previa al consentimiento, a fin de que el paciente pueda tomar una decisión autónoma. La doctrina emanada de aquella resolución completó la fijada en 1914 y referida al caso de Schloendorff, contra la Society of New York Hospitals, en la que la paciente dio su consentimiento para que el médico examinara, bajo anestesia, si el tumor fibroide que presentaba era benigno o maligno, pero no para su exégesis, a pesar de lo cual el cirujano lo extirpó, surgiendo en el post-operatorio una gangrena que hizo necesaria la amputación de varios dedos de la mano izquierda.

En esta sentencia, por primera vez, se fundó la condena en el reconocimiento expreso del consentimiento del paciente como un presupuesto esencial para el ejercicio de su derecho a la libre determinación, declarando el juez BENJAMÍN CARDOZO que *«cada ser humano de edad adulta y sano juicio tiene derecho a determinar lo que debe hacerse con su propio cuerpo; un cirujano que realiza la intervención sin el consentimiento de su paciente comete una agresión de cuyas consecuencias es responsable»* (TARODO SORIA, Salvador: «La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano», en *DS*, Vol. 14, núm. 1, 2006, pp. 127 a 147).

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, el “consentimiento informado” se define como el acto mediante el cual el paciente, y después de que le hayan sido explicadas las principales características de una intervención, autoriza al facultativo a poner en práctica un tratamiento, mientras que el “derecho al consentimiento informado”, se concibe como el derecho del paciente a ser informado y a dar o negar su autorización, antes de iniciar cualquier tratamiento que le afecte³⁸⁷.

Por otra parte, y respecto del mencionado Derecho de autodeterminación, conviene puntualizar que se encuentra basado en los principios de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad regulados por el artículo 10³⁸⁸ de la Constitución Española (en adelante CE) y, asimismo, acogido por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 1996 y abierto a la firma de los Estados miembros en Oviedo en 1997, entrando en vigor en España en el año 2000.

Este Convenio que dedica su Capítulo II al consentimiento del paciente, es desarrollado detalladamente en sus artículos 5³⁸⁹ a 9, sentando como principio general que nadie puede ser forzado a someterse a una intervención médica sin su consentimiento.

³⁸⁷ *Vid.*, en este sentido, MÉNDEZ BAIGES, Víctor y SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio: *Bioética y derecho*, Ed., UOC, Barcelona, 2007, p. 77.

³⁸⁸ El precepto establece que: «10. -1. *La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.* -2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*»

³⁸⁹ En concreto y, por lo que aquí interesa, el Convenio de Oviedo o de Asturias en su artículo 5, prevé que: «*Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento*» [BOE núm. 251, de 20 octubre de 1999, pp. 36825 a 36830].

Además también ha sido contemplado por la normativa internacional, así la Declaración sobre la promoción de los pacientes en Europa, promovida en 1994 por la Oficina Regional para la Europa de la Organización Mundial de la Salud, y más recientemente, por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en 2000³⁹⁰, que en su artículo 3³⁹¹ se refiere a los derechos de los ciudadanos en relación con la medicina y la biología.

Por otra parte, el Manual de Ética de 1984 de la Asociación Médica Americana, establece que:

«El consentimiento informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de la enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su consentimiento para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente».

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, el precepto comprende tanto el deber del médico de facilitar una información completa y adecuada respecto del tratamiento prescrito previamente al paciente, como el deber de obtener el consentimiento de éste con anterioridad a iniciar el tratamiento, la intervención quirúrgica o las pruebas diagnósticas.

Sentadas las premisas anteriores, y desde el punto de vista estatal conviene señalar que, en España la primera referencia legal sobre el

³⁹⁰ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01).

³⁹¹ Dicta el precepto: «-1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. -2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley; la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas; la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos».

consentimiento del paciente, como derecho, se encuentra recogida en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de la Sanidad (en adelante LGS), que recogía en su artículo 10 los derechos de los pacientes y en su apartado sexto³⁹² el derecho del paciente a decidir entre las diversas opciones. Precepto que contemplaba la necesidad de información previa para poder ejercer el derecho a decidir y elegir.

Téngase presente que el contenido del ya derogado artículo 10 LGS se ha realizado de forma parcial en algunas Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) y de forma completa a nivel estatal. De forma tal que, ahora, el consentimiento informado se encuentra definido por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su artículo 3, como:

«La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud».

Del contenido del texto del precepto se desprende que dicho consentimiento supone que el paciente por el hecho de serlo y acudir a la asistencia médica ni pierde su dignidad de persona humana ni los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y, más concretamente, el derecho de autodeterminación, con relación a la salud. Por tanto, tendrá derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de ésta y los posibles tratamientos y sus efectos, para con posterioridad, decidir lo que estime más conveniente.

³⁹² Decía el mencionado apartado: *«Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: -6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento».*

En este sentido, hay que aludir a la doctrina del TS, debido a que cataloga el consentimiento informado como un derecho fundamental. Así, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de enero de 2001*³⁹³, se califica el consentimiento informado como un derecho fundamental en la siguiente forma:

*«El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida, y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo»*³⁹⁴.

De lo anterior se desprende, que para el TS el consentimiento informado no es únicamente un derecho subjetivo atribuido por Ley, sino que alcanza la categoría de Derecho Fundamental. De forma tal, que para este Alto Tribunal la información del médico al paciente para que éste pueda escoger en libertad dentro de las posibles opciones *«no supone un mero formalismo, sino que encuentra su fundamento y apoyo en la misma constitución española, siendo las bases sobre las que descansa dicha protección, la dignidad de la persona y la libertad»*³⁹⁵.

³⁹³ [TOL4.964.609] –ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ-. En idéntico sentido, se ha pronunciado la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de mayo de 2001, [TOL4.974.267] -ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-, al disponer que: *«El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto-disposición sobre el propio cuerpo»*.

³⁹⁴ El Magistrado, fundamenta su tesis apoyándose en los artículos 9. 2, 10. 1 y 1. 1 CE y en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y en los artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950 en sus artículos 3 a 5 y 8 y 9 y, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5 y 8 a 10.

³⁹⁵ *Vid.*, así, GARCÍA GARNICA, María del Carmen: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, p. 120.

También, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) defiende que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente a su derecho fundamental a la integridad física. Así, en la *Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2011*³⁹⁶, otorga el amparo por vulneración de los derechos a la integridad física y a la tutela judicial efectiva en un caso de reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria, por la pérdida funcional de la mano derecha tras la realización de un cateterismo cardiaco sin el consentimiento del paciente.

De modo que tras rechazar la teoría de que el consentimiento tenga su encuadre en el artículo 17. 1 CE, debido a que la libertad protegida por dicho precepto no cubre una libertad de autodeterminación individual, puesto que «*la libertad personal protegida por ese artículo es la “libertad física” [...]*»³⁹⁷, lo sitúa bajo la protección de la integridad física y moral del artículo 15³⁹⁸, señalando en su fundamento quinto, que:

«El consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad de éste supone impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de la autonomía de su voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo

³⁹⁶ [TOL2.084.764] -ponente PÉREZ VERA-.

³⁹⁷ *Vid.*, en este sentido, entre otras, las STC, Pleno, de 16 de julio de 1987 [Vlex 126/1987] entiende el precepto como «un derecho mínimo y absoluto a la seguridad jurídica, y no exclusivamente como garantía frente a las interferencias arbitrarias en la libertad personal». Asimismo, la STC, Sala 2.ª, de 18 de febrero de 1988 [Vlex 22/1988], sostiene que: «No es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el artículo 17 CE en sus diversos apartados con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto». También, la STC, Sala 2.ª, de 08 de junio de 1988 [Vlex 112/1988] en relación al artículo 17. 1 CE prevé que: «*el derecho fundamental consagrado en el artículo 17. 1 CE que obliga a interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de libertad [...]*» y, *vid.*, STC, Sala 1.ª, de 29 de marzo de 1990 [Vlex 61/1990]. En doctrina, *vid.*, MARCOS DEL CANO, Ana María: *Voluntades Anticipadas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, 1.ª ed., p. 154.

³⁹⁸ En este sentido, *vid.*, las aportaciones de BELLO JANEIRO, Domingo: *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria*, Reus, Zaragoza, 2013, 1.ª ed., p. 210.

entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal. Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues solo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presente, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación».

En suma, el TC sostiene que aunque el artículo 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, este instituto no queda al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral, sino que:

«Los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de éstos, sino que, va más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea en forma de bienes jurídicos constitucionales protegidos»³⁹⁹.

³⁹⁹ En idéntico sentido, *vid.*, STC, Pleno, 19 de diciembre de 1996 [Vlex 212/1996] – ponente CRUZ VILLALÓN-, precisó que: *«los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como en seguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos».*

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene la imprecisión que presenta la denominación, debido a la conveniencia de haber utilizado la calificación de “derecho de la personalidad”, por ser indisponible⁴⁰⁰.

Así, ROMERO CASABONA puntualiza que *«esta expresión en tanto no puede aceptarse que se trate propiamente de un derecho fundamental, si bien es innegable que los textos normativos nacionales e internacionales destacan esta facultad. La misma informa, sin duda, el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la libre determinación de la autonomía de la voluntad»*⁴⁰¹.

También RODRÍGUEZ LÓPEZ, precisa del concepto de consentimiento informado que *«es la dignidad de la persona humana, desde la perspectiva del derecho a la autonomía individual como exponente del derecho a la libertad, el justificante último de la necesidad del consentimiento informado»*⁴⁰².

Por otra parte, conviene precisar que aunque casi todas las legislaciones autonómicas relativas a la salud se refieren de forma especial a la problemática que presenta el consentimiento informado⁴⁰³, lo cierto es que únicamente algunas de ellas contienen dentro de su articulado una definición del mismo.

En virtud de lo anterior, conviene destacar que la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de

⁴⁰⁰ Así, SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2004, p. 5.

⁴⁰¹ *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 110.

⁴⁰² *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 115.

⁴⁰³ Entre otras, *vid.*, la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y a la documentación clínica de Catalunya (art. 6. 1); Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid (art. 27. 1); Ley 6/2012, de 15 de abril, de Salud de Aragón (art. 12. 1); Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Rioja (art. 6); Ley de Cantabria 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria (arts. 30); Ley 10/2014, 29 diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana (art. 43. 1); Ley 5/2003 de 4 de abril, de salud de las Illes Balears (art. 12.1) y, Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud (arts. 5, 6, 18 y 33 a 35).

los pacientes de Galicia, dispone en su artículo 3. 1 (tras la modificación operada en éste por 3/2005, de 07 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes), que:

«A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado el prestado libre y voluntariamente por el afectado para toda actuación en el ámbito de su salud y una vez que, recibida la información adecuada, hubiera valorado las opciones propias del caso»⁴⁰⁴.

Por su parte, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, en su artículo 23. 1 dispone que: *«A los efectos de la presente Ley, se entiende por consentimiento informado la conformidad expresa del paciente, manifestada de forma voluntaria y libre, previa obtención de la información adecuada con tiempo suficiente, para la realización de cualquier actuación relativa a su salud».*

Téngase presente que lo anterior debe ponerse en correlación con el artículo 5 del ya mencionado Convenio de Oviedo relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina, conforme al cual:

⁴⁰⁴ Se rectifica con ello la redacción originaria del precepto, conforme al cual se definía el consentimiento informado como la conformidad expresa del paciente, manifestada por escrito, previa obtención de la información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables. En este sentido, DOMINGO LUELMO, Andrés (en «Régimen jurídico del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes en la Ley Gallega 3/2001, de 28 de mayo», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 2001, p. 330) sostiene que *«parecía que para el legislador gallego solo se precisara el consentimiento informado en estos supuestos y no en cualquier intervención en el ámbito de la salud, lo que entraba en contradicción con el espíritu de la propia Ley».* Enfoque que se presenta en idénticos términos en el artículo 10. 4 del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de 1999, debido a que, tras establecer la obligación de informar al paciente en todo caso, dispone que: *«Cuando las medidas propuestas supongan para el paciente un riesgo significativo el médico le proporcionará información suficiente y ponderada a fin de obtener, preferentemente por escrito, el consentimiento específico imprescindible para practicarlas».* Por el contrario, el Código Deontológico del Consejo de Médicos de Catalunya, se expresa en su artículo 13 con una mayor claridad al establecer que *«el médico no podrá tratar a ningún paciente con la capacidad mental conservada sin su consentimiento».* También, del mismo autor, *vid., Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2007, p. 178.

«Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y naturales de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias».

Retomando nuevamente los requisitos exigidos por el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, conviene precisar, que este consentimiento que deberá indudablemente ser “libre” y “voluntario”. Además, únicamente podrá ser “consciente”, evidenciándose el hecho de que determinadas personas –como se analizará en un epígrafe posterior-, no podrán consentir por sí mismas, sino que requerirán de la representación de otra persona.

En este sentido, y partiendo de la premisa, del amplio elenco jurisprudencial interpretativo que existe sobre la aplicación de los elementos que integran la configuración del consentimiento informado, debido a su tardía regulación, destaca el hecho de que uno de los aspectos fundamentales establecidos por el TS -en el que la doctrina es unánime-, se concrete en la integración del deber de información del facultativo al paciente, con la finalidad de obtener el correspondiente consentimiento previo, como un elemento más de la <lex artis ad hoc>.

Desde el punto de vista de la mejor doctrina, esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por GALÁN CORTÉS, al precisar que *«el consentimiento informado es un presupuesto y elemento esencial de la “lex artis”, cuya omisión puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha sido informado»*. Además este autor añade que *«forma parte de toda actuación asistencial y se encuentra incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico, por tanto, se constituye como una exigencia de la “lex artis” para poder realizar la actividad médico-quirúrgica»*⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ *Responsabilidad Médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 23; ID: «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 1055 y ss.; ID: «Consentimiento informado: situación actual e incidencia en las especialidades médicas», en *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 91, 2003, pp. 119 a 124.

También, SOUTO PAZ, PORRAS Y MARTÍNEZ, precisan que «*el consentimiento informado, se constituye como un presupuesto y elemento integrante de la “lex artis” que se ha incorporado a nuestro derecho positivo en fechas recientes*»⁴⁰⁶.

Por su parte, LARIOS RISCO sostiene que «*en relación al encuadramiento del deber de información y del consentimiento entre los elementos y requisitos de la responsabilidad civil, la doctrina de los tribunales revela una creciente importancia de ambos elementos de tal suerte que en algunos pronunciamientos se considera que el consentimiento es un elemento que forma parte de la “lex artis” y, en concreto, de la obligación de medios, por lo que faltando la información se infringe la “lex artis” y es procedente la indemnización de daños*»⁴⁰⁷.

De modo que nos encontramos ante un acto o proceso clínico más⁴⁰⁸ cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad siendo, en la

⁴⁰⁶ *El consentimiento informado*, Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús, 1999, p. 16.

⁴⁰⁷ *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 386.

⁴⁰⁸ Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, en este sentido, entre otras, las SSTs, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 04 de abril de 2000 [Vlex 8065/1995] –ponente XIOL RÍOS-; Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de abril de 1994 [Vlex 349/1994] –ponente ALBACAR LÓPEZ-; Sala 1ª, de lo Civil, de 11 de febrero de 1997 [Vlex 83/1997] –ponente ALMAGRO NOSETE-; Sala 1ª, de lo Civil, de 24 de mayo de 1999 [Vlex 445/1999] –ponente GARCÍA VARELA-; Sala 1ª, de lo Civil, 21 de diciembre de 2005 [Vlex 1002/2005] –ponente SEIJAS QUINTANA-; Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de mayo de 2006 [Vlex 488/2006] –ponente SEIJAS QUINTANA-; Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8059] –ponente SEIJAS QUINTANA-; Sala 1.ª, de lo Civil, de 21 de diciembre de 2006 [Vlex 1367/2006] –ponente SEIJAS QUINTANA-; Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de noviembre de 1997 [RJ 1997\7868] –ponente GARCÍA VARELA-; Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de abril de 1999 [RJ 1999\2583] –ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-; Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 26 de marzo de 2004 [RJ 2004\3889] –ponente SIERRA MÍNGUEZ; Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 20 de abril de 2005 [RJ 2005\4312] –ponente PUENTE PRIETO-; Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 30 de marzo de 2004 [RJ 2004\2321] –ponente LECUMBERRI MARTÍ-; Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 23 de febrero de 2007 [TOL1.042.443] –ponente LECUMBERRI MARTÍ-; Sala 3.ª, Sección 6.ª, de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de febrero de 2005 [TOL675.382] –ponente LECUMBERRI MARTÍ-; Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 14 de octubre de 2002 [Vlex 5294/1998] –ponente PÉREZ MORATE-; Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de septiembre de 2005, en todas ellas se afirma que «*el defecto de consentimiento informado se considera como un incumplimiento de la “lex artis ad hoc” y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario que da lugar a la indemnización correspondiente cuando la actuación del servicio público sanitario derivan secuelas cuya posibilidad no fue informada por el paciente*». También, la STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-

actualidad, una de las principales causas de condena en los supuestos de responsabilidad civil médica.

Por lo que se refiere a esta materia, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de octubre de 1997*⁴⁰⁹, señala que:

«[...] un elemento esencial de la “lex artis ad hoc” es el de la obligación de informar al paciente”, de lo que se deduce que su incumplimiento es constitutivo de una transgresión de esa “lex artis ad hoc”».

En idéntico sentido, se han pronunciado las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de mayo*⁴¹⁰ y de *23 de julio de 2003*⁴¹¹, al declarar que:

«La obligación de informar al paciente es un elemento esencial de la “lex artis ad hoc” [...]. La información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención quirúrgica».

En suma, con la Ley 41/2002⁴¹², de 14 de noviembre, de una parte, se regula el derecho de información del paciente y la correlativa obligación del médico de informar, de otra, se destaca la condición de legislación básica que presenta el cuerpo legislativo -tal y como se desprende de forma expresa en su disposición adicional primera-, y cuya pretensión es garantizar a todos los ciudadanos unos derechos mínimos idénticos en esta materia, de forma tal que las distintas legislaciones autonómicas sí que podrán regular de forma expresa los derechos y deberes de los pacientes, pero no podrán indudablemente contradecir lo establecido por este marco

Administrativo, Sección 6.ª, de 26 de mayo de 2015, [Vlex 2548/2013] -ponente CUDERO BLAS-, afirmó que «la falta de consentimiento informado de la que fue objeto la paciente constituye una infracción de la lex artis y, por ende, es constitutiva de una infracción en el funcionamiento de la Administración que da derecho a ser indemnizado».

⁴⁰⁹ [Vlex 830/1997] -ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA-.

⁴¹⁰ [Vlex 511/1997] -ponente VILLAGÓMEZ RODIL-.

⁴¹¹ [R] 2003\5462] -ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ-.

⁴¹² En este sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en su artículo 2. 6 prevé que: «*Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*».

legislativo y, finalmente, la técnica de la anestesiología requiere de su específico y propio consentimiento informado, consentimiento que deberá ser distinto del consentimiento exigido en la técnica quirúrgica *per se*, debido a que cada especialidad deberá ajustarse en todo momento a sus específicos y respectivos riesgos.

En este sentido, se ha pronunciado la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de lo Civil, de 25 de abril de 1994*⁴¹³, en la cual se recoge, el derecho de información como uno de los componentes de la <lex artis ad hoc>, al establecer que:

«Informar al paciente o en su caso a los familiares del mismo, siempre, claro está, que esto resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, puede derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado. En resumen, el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes ha de ser informado. Tal información comprenderá para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y los riesgos del mismo [...]».

Por otra parte, y sin ánimo de reiteración, en el ámbito de la anestesiología, conforme a los riesgos que comporta el acto anestésico, entendemos que será necesario obtener el consentimiento para el acto anestésico concreto –ya sea anestesia general o cualquier de cualquier otro tipo-, con independencia de la autorización conferida por el paciente para el acto quirúrgico al que vaya a ser sometido. Así como la necesidad de obtener la autorización previa del paciente o de su representante legal –para el caso de menor- resulta aquí de carácter ineludible.

⁴¹³ [Vlex 349/1994] -ponente ALBACAR LÓPEZ-.

A lo anterior no han faltado voces discrepantes que propugnan que «*dado que el paciente sabe que actualmente cualquier intervención operatoria se efectúa bajo anestesia local o general, cabe suponer la conformidad del paciente a ser operado incluye el acuerdo a ser anestesiado*»⁴¹⁴.

A mayor abundamiento, el consentimiento del paciente entendemos que deberá ser prestado antes de la administración de la pre-anestesia, con la finalidad de asegurar la plena eficacia del acto, siendo este consentimiento sumamente necesario en determinadas circunstancias, como sería el caso, por ejemplo, de pacientes con el estómago lleno y en los que se requiere realizar una intervención quirúrgica de urgencia bajo anestesia general, puesto que frente a los riesgos adicionales que ello comporta (como el de aspiración), es prudente que el paciente los conozca y acepte «*como parte del consentimiento que otorga*»⁴¹⁵.

Lo anterior encuentra su justificación en que su omisión puede originar una responsabilidad en el médico-anestésista, debido a que una persona adulta mentalmente competente tiene derecho a decidir libremente que hacer con su cuerpo, y cualquier intervención sin su consentimiento constituye una vulneración a su derecho de autodeterminación, pero si el médico-anestésista facilita agentes anestésicos sin el debido consentimiento informado por escrito del paciente, indudablemente será responsable de los daños que puedan originarse en el paciente.

Así, y en relación a la responsabilidad civil que ostentan estos especialistas, en la ya mencionada la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de diciembre de 1998*⁴¹⁶, se precisa que:

«*La responsabilidad civil de los anestésistas se exige cuando éstos no son rigurosos en la observancia y aplicación de las reglas y técnicas de esta*

⁴¹⁴ Así, FREY, HÜGIN, BENZER y MAYRHOFER, *op. cit.*, p. 1056.

⁴¹⁵ En este sentido, ORKIN y COOPERMAN precisan que: «*El médico tiene que enfrentarse en ocasiones con un paciente que exige de un tratamiento inmediato que representa ciertos riesgos, pero que es preciso aplicar si se desea salvar su vida. En tal caso, debe advertir al paciente utilizando sus mejores argumentos, en un intento de obtener su consentimiento para aplicar de inmediato el tratamiento necesario*» (*op. cit.*, p. 8).

⁴¹⁶ [TOL5.119.629] -ponente VILLAGÓMEZ RODIL-.

especialidad médica, cuya funcionalidad no es la directa curación del enfermo, sino la de facilitar medios y proporcionar estados insensibles al dolor para propiciar la realización de actividades de diagnóstico, quirúrgicas y terapéuticas, lo que necesariamente impone la máxima atención y concentración en la aplicación del acto anestésico de los estándares que tienen como objetivo su seguridad y éxito, y entre éstos resulta imprescindible en todo momento la oxigenación, ventilación y circulación del paciente»⁴¹⁷.

Por su parte, y en relación al consentimiento al acto anestésico la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 3.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2011*⁴¹⁸, estableció que:

«El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto 3 de este artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos».

Por ello, entendemos necesario obtener el consentimiento para la aplicación del acto anestésico, con independencia de la autorización conferida para al acto quirúrgico propiamente dicho.

II. PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

De lo visto hasta ahora, se desprende que para la emisión del consentimiento informado es preciso el análisis de las personas que intervienen el proceso, el contenido del mismo, así como el momento en el que se debe facilitar la información para que el paciente tome una decisión de forma libre y consciente.

⁴¹⁷ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de abril de 1999, señala que *«la responsabilitat civil dels anestesistes s'exigeix quan aquests no són rigorosos en l'observança i aplicació de les regles i tècniques de la seva especialitat mèdica, la funcionalitat de la qual no és la directe curació del malalt sinó la de facilitar mitjans i proporcionar estats insensibles al dolor per propiciar la realització d'activitats de diagnòstic, quirúrgiques i terapèutiques. La funció, obligacions i per tant la responsabilitat de l'anestesiista és independent de què, en atenció al tipus de intervenció quirúrgica, el metge hagi assumit, d'acord amb la doctrina jurisprudencial abans examinada, una obligació de resultat o simplement d'activitat».*

⁴¹⁸ [TOL2.442.645] –ponente DE LOYOLA ARANGUREN PÉREZ-.

1. EL TITULAR DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Como ya se ha anunciado, el “consentimiento informado” se encuentra basado fundamentalmente en la inferencia de que el paciente es el único que tiene derecho a determinar lo que quiere hacer o no con su cuerpo y, por tanto, la autodeterminación forma la base jurídica de la doctrina del consentimiento informado.

En este sentido, la doctrina es unánime en precisar que de conformidad con la naturaleza personalísima que presenta la figura, es evidente que el destinatario de la información será el paciente, debido a que éste es quien debe consentir la intervención médica, siempre que su capacidad natural de juicio y discernimiento se lo permita y, no nos encontremos ante supuestos de urgencia o riesgo para su salud, es decir, que si el paciente se presume capaz, en uso de su autonomía de la voluntad prestará directamente su consentimiento⁴¹⁹.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, 24 de mayo de 1995*⁴²⁰, ha declarado que:

«El consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado, a no ser la concurrencia de las repetidas circunstancias de (urgencia o incapacidad)».

Sentada la premisa anterior, conviene aludir al artículo 2. 3 contenido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que establece como principio básico, que: *«El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles».*

Por su parte, el artículo 5 de este cuerpo normativo, relativo al titular del derecho a la información, prevé que:

⁴¹⁹ Así, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 351; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 236.

⁴²⁰ [Vlex Núm. 490] –ponente BARCALA TRILLO-FIGUEROA-.

«1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita».

A mayor abundamiento, y de conformidad con el articulado de esta ley, conviene precisar que esta información también le será facilitada al interesado, incluso en caso de incapacidad, de forma adecuada a sus posibilidades de comprensión, supuesto en el que deberá cumplirse con el deber de informar a su representante legal [art. 5. 2]. Además, si el paciente, a criterio del facultativo que le asiste, carece de la capacidad para entender la causa de su estado, la información deberá ser facilitada a las personas vinculadas con él por razones familiares o de hecho [art. 5. 3] y, finalmente, el paciente deberá participar en la medida en que sea posible, en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario [art. 9. 5].

Sin embargo, este derecho que ostentan los pacientes a la información podrá verse limitado en su propio beneficio en los supuestos en que por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de forma grave, supuestos en los que el facultativo deberá dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicar su decisión a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho [art. 5. 4].

A lo anterior, conviene precisar que dicha comunicación no procederá en caso de que el propio paciente hubiera prohibido la difusión de tal información a dichas personas. Limitación recogida por la Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa, en los términos siguientes:

«La información puede ocultarse a los pacientes excepcionalmente cuando exista una razón suficiente para creer que esta información, en vez de efectos positivos, pudiera causarle graves daños»⁴²¹.

GALÁN CORTÉS, establece que *«dicha excepción a la información del paciente, derivada de un estado de necesidad terapéutica, debe*

⁴²¹ Consulta Europea sobre los derechos de los pacientes (Ámsterdam, 28-30 de marzo de 1994), p. 8.

interpretarse de forma restrictiva, integrando tal concepto jurídico indeterminado en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso»⁴²².

En este punto conviene matizar que, no debe confundirse este estado de necesidad terapéutica con la situación de un paciente afectado de un mal pronóstico, debido por ejemplo a que el paciente se encuentre en estado terminal, ya que en este caso se presupone que tiene derecho a conocer la verdad de su situación, sin perjuicio de la conveniencia de analizar cada caso concreto. En estos supuestos en los que el facultativo deberá actuar con la máxima cautela posible, se prevé la admisibilidad de facilitar una información de forma gradual, aconsejado por las circunstancias del caso concreto.

Ahora bien, para aquellos casos en los que sea el propio paciente el que renuncie expresamente a recibir tal información, deberá respetarse su voluntad, aunque indudablemente será necesaria la obtención de su previo consentimiento para la intervención [art. 9. 1].

No obstante lo anterior, este derecho a no ser informado encuentra su limitación en el propio interés de la salud del paciente, de terceros, de la colectividad o por las exigencias terapéuticas del caso.

En este sentido, nuestro legislador ha previsto, las situaciones de conflicto entre el derecho a no saber y el interés de la salud del propio paciente o tercero. De forma tal, que en determinados supuestos podría ser vital para el paciente conocer ciertos datos sobre su estado de salud, aun cuando haya manifestado tal derecho a no ser informado, este sería el caso, por ejemplo, de una predisposición a padecer cierto proceso patológico, sin cuyo conocimiento no podría prevenirse o evitarse su aparición –supuesto que se trataría de una verdadera exigencia terapéutica-.

Asimismo, conviene puntualizar que este derecho a no ser informado que ya se encontraba establecido de forma expresa en el artículo 5. 1 del

⁴²²*Responsabilidad civil..., op. cit., p. 353.*

Convenio de Oviedo, ha sido tradicionalmente admitido por la doctrina como un supuesto de excepción al deber de información del facultativo.

También la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente de la Comunidad de Madrid, en relación al ejercicio de este derecho a no ser informado para el caso de pacientes en estado terminal o pronóstico fatal, dispone en su artículo 6. 4 que: *«En el documento de instrucciones previas los pacientes podrán manifestar anticipadamente su voluntad de no ser informados en los supuestos de diagnóstico fatal. En este caso, el declarante podrá designar una o varias personas a las que el médico deba informar».*

En suma, este derecho a no ser informado debe ser respetado y únicamente cederá en caso de salvaguarda de otros derechos a los que el legislador confiera una mayor relevancia⁴²³.

Asimismo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, prevé en su artículo 9. 2⁴²⁴ los supuestos en los que no se requiere del consentimiento informado previo para realizar las actuaciones médicas pertinentes en favor de la salud del paciente, al establecer que: *«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:*

a) *Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.*

⁴²³ Vid., SÁNCHEZ CARO, Javier: «Consentimiento informado y salud», en GUERRERO ZAPLANA (dir.), *Salud pública y Derecho administrativo*, Cuadernos de derecho judicial V/2003, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 181 y 182.

⁴²⁴ Este precepto encuentra su precedente inmediato en el derogado artículo 10. 6. c) de la LGS a cuyo tenor, *«no se precisa el consentimiento del usuario cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento»* y, también en el artículo 8 del Convenio de Oviedo, conforme al cual: *«Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada».*

b) *Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».*

Por tanto, y como GALÁN CORTÉS acertadamente sostiene «*únicamente en situaciones de auténtica e inmediata urgencia, en las que no sea posible obtener el consentimiento del interesado, podrá prescindirse del mismo en su único beneficio*»⁴²⁵.

Este supuesto de urgencia podría tener lugar durante el curso de una intervención quirúrgica programada, con motivo de complicaciones surgidas o hallazgos encontrados durante su realización, de forma tal, que resultase imprescindible la ampliación de la cirugía y, en consecuencia, de la anestesia prevista inicialmente, y que tan solo con grave peligro para la salud del paciente podría posponerse, justificaría el proceder de los médicos intervinientes en el acto aun sin contar con la debida autorización otorgada por el paciente.

1.1. Breve alusión al caso de menor y del enfermo mental

Respecto al caso del menor, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, prevé en su artículo 9. 3⁴²⁶. c) que en los supuestos en que éstos no sean capaces intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la actuación o intervención médica, el consentimiento deberá ser prestado por el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión [art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor]⁴²⁷. Y añade, en su apartado 4 que «*cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años [...], no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el*

⁴²⁵ «Servicios de Urgencias y consentimiento informado», en *Diario Médico, Sección de Normativa*, 2005, p. 12.

⁴²⁶ Modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴²⁷ *Vid.*, RUIZ JIMENEZ, Juana: «La capacidad del menor», en VVAA, *Protección Jurídica del Menor*, Ed. Colex, Madrid, 2014, 3.ª ed., pp. 29 a 61.

consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo»⁴²⁸.

En síntesis, esta condición última únicamente será de aplicación en supuestos de especial gravedad -es decir, de aplicación restrictiva- y, por tanto, en los que la vida e integridad del menor corra un serio y grave peligro, ya que, de contrario, podría originarse una contradicción con el estado y circunstancias que deben darse en un menor maduro, debido a que si éste reúne condiciones de madurez suficiente, lógico es que se respete su libre y autónomo derecho de decisión.

Respecto al caso del enfermo mental, conviene puntualizar que también participará en la toma de decisiones en el transcurso del proceso sanitario [art. 9. 7]⁴²⁹. En idéntico sentido, el artículo 9. 5 del mismo cuerpo legal, dispone que: *«El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal»*.

También, en relación a los pacientes adultos con disfunción mental, se ha pronunciado el Convenio de Oviedo en su artículo 6. 3, al prever que: *«La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización»*.

Apoyándose en lo anterior, GALÁN CORTÉS, pone de manifiesto que *«en el caso de enfermos mentales, la incidencia de dichos preceptos, es manifiesta»⁴³⁰*.

En definitiva, partiendo de la premisa de que no todo enfermo mental es un enfermo incapaz -aunque en algunas fases podría serlo-, se debe respetar el reducto de autonomía de que disponga, es decir, la capacidad de autogestión que ostente, y, en consecuencia, como la doctrina aboga resulta

⁴²⁸ Preceptos redactados por la Disposición final segunda de Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴²⁹ Apartado añadido por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

⁴³⁰ *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 369 y, para una mayor argumentación sobre el consentimiento informado en estos casos, vid., del mismo autor: *Responsabilidad Médica...*, op. cit., pp. 93 a 104.

necesario respetarse su autonomía –si dispone de ella-, debiendo únicamente operar la representación de forma subsidiaria⁴³¹.

2. EL RESPONSABLE DE PROPORCIONAR LA INFORMACIÓN AL PACIENTE

Respecto a la persona que debe facilitar la información al paciente, resulta obvio que esta información deberá ser suministrada al enfermo por el profesional sanitario que vaya a realizar la técnica diagnóstica o terapéutica concreta, al ser éste quien se encuentra en mejores condiciones para hacerlo y quien dispone del caudal informativo más completo y adecuado sobre tal proceder, sin perjuicio de que todo facultativo interviniente en el tratamiento del paciente le informe, dentro de su campo de actuación y posibilidades⁴³².

GALÁN CORTÉS y GALÁN GUTIÉRREZ precisan que «*también podrá serle facilitada por otro médico del mismo servicio sanitario que vaya a realizar la intervención*»⁴³³.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sección 4.ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 31 de marzo de 2005*⁴³⁴, con ocasión de una demanda interpuesta por una esterilización fallida, declaró sobre este aspecto que:

«no es un motivo para invalidar el consentimiento informado dado por el paciente, ni constituye un requisito “sine qua non” para anular su autorización, el hecho de que la información no sea facilitada por el propio médico que practique la operación, pues es válida y suficiente la realizada por otro facultativo en el ámbito del servicio sanitario correspondiente».

Sin embargo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en su artículo 4. 3 precisa a este respecto, que: «*El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales*

⁴³¹ Así, GRACIA GUILLÉN, Diego Miguel: «*Evolución histórica y situación legal*», Ponencia presentada en las *II Jornadas jurídico-sanitarias de Navarra. El menor y su protección en el ámbito socio-sanitario*, Pamplona, 2004.

⁴³² A este respecto, *vid.*, las amplias aportaciones que en la materia ha realizado GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 375.

⁴³³ «Consentimiento informado en anestesiología: la antelación suficiente como requisito de validez», en *Revista Española en Anestesiología y reanimación*, núm. 61 (2), 2014, p. 96.

⁴³⁴ [núm. 270/2005] –ponente GIMÉNEZ CABEZÓN-.

que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle».

Punto en el que la doctrina mayoritaria⁴³⁵ ha sido unánime en puntualizar que resultan excesivas las obligaciones que recaen sobre el “médico responsable”, teniendo presente que éste es quien tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo concerniente a su atención e información durante el proceso asistencial [art. 3]⁴³⁶, y que por tanto, no será, en muchas ocasiones, el médico que le tratará en ciertas fases o momentos de su proceso.

En este sentido, GALÁN CORTÉS Y GALÁN GUTIÉRREZ, precisan que «*el médico responsable no puede garantizar el cumplimiento por parte del resto de médicos intervinientes que también deben informar respecto de su actuación sobre el paciente, ya que dicha responsabilidad resulta excesiva*»⁴³⁷.

También DE ÁNGEL YÁGÜEZ sostiene que la inclusión en la ley de esta figura del médico responsable ha sido desafortunada, ya que «*desde este prisma ese médico responsable será el sujeto destinado a responder ante el juez por un defecto de forma en la información*»⁴³⁸.

⁴³⁵ GALÁN CORTÉS y GALÁN GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 97.

⁴³⁶ Reza el precepto en el sentido siguiente: «*Médico responsable: el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales*».

⁴³⁷ *Op. cit.*, p. 376.

⁴³⁸ «Historia y documentación clínica», en *X Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, 2003 y, *vid.*, en idéntico sentido las aportaciones de LIZZARAGA BONELLI, Emilio: «La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en LIZZARAGA BONELLI Y GONZÁLEZ SALINAS (coodr.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica: (estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, p. 265. Desde el punto de vista de las legislaciones autonómicas, conviene precisar que dicho error ha sido enmendado por la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por cuanto establece en su artículo 21. 1 la figura del “médico responsable” y también la del “enfermero responsable”, de forma que el primero únicamente actúa como interlocutor principal con el equipo

De lo anterior, se desprende que el “médico responsable” deberá propiciar y fomentar tal información, pero no podrá garantizarla, siendo los especialistas de cada actuación concreta quienes sí deberán garantizar que ésta sea proporcionada al paciente en los términos precisos.

En idéntico sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, en el entendido de que la finalidad es que el paciente obtenga un conocimiento previo, adecuado y razonable que deberá provenir del médico especialista del tratamiento concreto.

En particular, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de septiembre de 2000*⁴³⁹, declaró que:

«El deber de informar al paciente es de cargo directo y personal del facultativo que va a realizar la intervención, pues debe de conocer la transcendencia y alcance de la misma, detallando las técnicas disponibles».

También la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de octubre de 1998*⁴⁴⁰, en un supuesto en el que habían intervenido varios médicos y dos centros hospitalarios, declaró que:

«La obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba médica».

asistencial pero no se le hace garante absoluto de toda la información. Reza el precepto en los siguientes términos: *«En todos los centros, servicios o establecimientos debe asignarse a los pacientes un médico, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial, y, en su caso, un enfermero responsable del seguimiento de su plan de cuidados. Su identificación debe darse a conocer a los destinatarios de la información asistencial».* También, desde este punto de vista, la Guía de consentimiento informado elaborada por la Junta de Castilla y León de 2006: *«El profesional que atienda al paciente o le aplique la técnica o procedimiento concreto deberá ser la persona encargada de informarle [...]. El profesional sanitario que vaya a llevar a cabo el procedimiento concreto, una vez que ha proporcionado la información al paciente o a quien deba sustituir su decisión, recabará su consentimiento [...]. Cuando el profesional que indica el procedimiento y el profesional que lo va a realizar no son la misma persona, el primero únicamente tiene la obligación de informar al paciente sobre las circunstancias de la indicación y sobre los aspectos básicos del procedimiento, siendo el profesional que lo va a realizar el responsable de asegurar que el paciente recibe la información necesaria y que presta su consentimiento»* (pp. 14 y 15).

⁴³⁹ [Ponente VILLAGÓMEZ RODIL].

⁴⁴⁰ [Vlex 956/1998] –ponente BARCALA TRILLO-FIGUEROA–.

Por lo que aquí interesa, conviene precisar que en el caso de la anestesiología y, en concreto, en el supuesto de médicos-anestelistas de un servicio hospitalario, somos partidarios al igual que GALÁN CORTÉS Y GALÁN GUTIÉRREZ, que cualquier facultativo del servicio podrá facilitar la información al paciente, dejando constancia en la historia clínica de éste, sin la necesidad de que la información sea suministrada directamente por el anestesta concreto que aplicará la anestesia⁴⁴¹.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de enero de 2011*⁴⁴², desestimó la alegación de la demandante-recurrente en casación, relativa a que el anestesta no informó del plan anestésico a seguir y que no se interesó el consentimiento a la paciente, remitiéndose al consentimiento genérico firmado al cirujano. El alto Tribunal, fundamentó su fallo en una información por escrito y suficiente, incluso del anestesta, así como de intervenciones similares anteriores de ésta paciente y en el mismo centro.

En suma, el médico-anestesta deberá garantizar la información y no el médico responsable del paciente, que puede ser, por ejemplo, un cirujano y, por tanto, desconocedor de los pormenores y demás riesgos específicos de la técnica del acto anestésico a utilizar.

3. LA FORMA DE LA INFORMACIÓN, DEL CONSENTIMIENTO Y SU VALOR <AD PROBATIONEM>

Respecto de la forma en que debe proporcionarse la información al paciente por el médico-anestesta y a la prestación del consentimiento a la intervención por el paciente se plantean las cuestiones de si debe entregarse y/o realizarse de forma verbal o por escrito.

En este sentido, la ya mencionada Ley 41/2002, de 14 de noviembre, refiriéndose a cualquier intervención en el ámbito de la salud prevé que, como norma general, la información se proporcione verbalmente⁴⁴³, dejando

⁴⁴¹ *Op. cit.*, p. 97.

⁴⁴² [R] 2011\299] -ponente SEIJAS QUINTANA-.

⁴⁴³ *Vid.*, CANTERO MARTÍNEZ Josefa: *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 29 y ss.

constancia en la historia clínica del paciente⁴⁴⁴ [art. 4. 1⁴⁴⁵]. Asimismo, en relación a la prestación del consentimiento contempla la misma forma verbal, pero con la salvedad de determinados supuestos regulados de forma expresa por este cuerpo legal [art. 8. 2]. Además, este cuerpo legislativo exige que quede constancia del consentimiento informado en la historia clínica, cuando se trate únicamente de procesos de hospitalización [art. 15. 2. i)].

De lo anterior se desprende que los preceptos referidos a la forma de información y del consentimiento informado, se encuentran dispersos en el articulado de este cuerpo legal, trasladando en la mayoría de los supuestos, la tendencia jurisprudencial anterior a su promulgación.

En la actualidad, la nueva redacción ha solventado acertadamente los problemas de interpretación suscitados por los derogados artículos 10. 5 y 10. 6 LGS, que exigían, de una parte, el derecho de todo paciente a que se le diera información verbal y escrita sobre su proceso y, de otra, el consentimiento escrito para la realización de cualquier intervención, debido a que, tras la modificación legislativa, tanto la información como el consentimiento se realizarán verbalmente -dejando constancia el facultativo de ello en la historia clínica del paciente-, con la salvedad de las excepciones previstas por el artículo 8. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Por otra parte, en aquellos supuestos en que no se hubiese incorporado por escrito la información a la historia clínica, la jurisprudencia viene admitiendo para considerar acreditada la información y, con la finalidad, de no excluir de forma automática la validez del consentimiento, otros medios de prueba.

⁴⁴⁴ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de mayo de 2003 [Vlex 511/1997] – ponente VILLAGÓMEZ RODIL- señala que *«aunque se permita su práctica en forma verbal, al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002»*.

⁴⁴⁵ Establece el precepto: *«[...] La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. -2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades [...]*».

En este sentido, se ha pronunciado la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de mayo de 2004*⁴⁴⁶, al establecer que:

«El hecho de que no quedara constancia escrita de la información no quiere decir que la misma no se haya facilitado, siempre que por otros medios se acredite la realidad de aquella»⁴⁴⁷.

De lo anterior se desprende que, aunque la actual normativa no impone como requisito de forma, la entrega de la información de forma escrita, lo cierto es que esta forma no está prohibida. De ahí que en la práctica la información que conste por escrito constituya un requisito de valor <ad probationem>⁴⁴⁸, y no <ad solemnitatem> en el sentido de que facilita la prueba de que existió tal información⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ [Vlex 414/2004] –ponente ROMEO LORENZO–.

⁴⁴⁷ En idéntico sentido, entre otras, se han pronunciado las SSTs, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 03 de octubre de 2000 [Vlex 3905/1996] –ponente XIOL RÍOS–; de 18 de enero [Vlex 166/2004] y de 09 de mayo de 2005 [Vlex 3546/2001] –ponente ROBLES FERNÁNDEZ–, y de 26 de enero de 2006 [Vlex 5681/2001] –del mismo ponente–, al no excluir de forma radical, la validez del consentimiento cuando la información no fuere brindada por escrito, siempre que la administración sanitaria hubiere probado por otros instrumentos o medios su existencia. También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de febrero de 2004 –ponente CORBAL FERNÁNDEZ–, considera válido el consentimiento informado mediante la prueba de información confirmada por evidencias distintas a la constancia escrita en la historia clínica. Criterio que también ha sido sostenido por la jurisprudencia francesa, en este sentido, *vid.*, la Sentencia de la Cámara 1.ª, de lo Civil, de la Corte de Casación, de 04 de enero de 2005.

⁴⁴⁸ En este sentido, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de septiembre de 2005 [RJ 2005\ 8891] –ponente SEIJAS QUINTANA, enjuicia la demanda interpuesta por una paciente intervenida de la rodilla derecha por padecer una displasia congénita bilateral de ambas rótulas, y que presentó tras la cirugía una mononeuropatía severa, tipo axonotmesis II-III, del ciático poplíteo externo, en sus dos ramas. La Sala declaró, en su fundamento de derecho tercero, que «la exigencia de la constancia escrita de la información tiene para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem. La sentencia absolutoria dictada en la instancia es confirmada por el TS, al haber quedado acreditado por otros medios de prueba la existencia de la información y del consentimiento». En idéntico sentido, se pronunció la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 17 de noviembre de 2005 [RJ 2005\ 7636], también del mismo ponente.

⁴⁴⁹ En este sentido, *vid.*, entre otros, GALÁN CORTÉS, «Responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 539 y 540; ID: *Responsabilidad civil...», op. cit.*, p. 386; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: «Responsabilidad civil derivada de asistencia médica», en SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008, p. 1089; BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva», en LLAMAS POMBO (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano ALONSO PÉREZ*, Vol. I, 2006, p. 196.

Tras la regla general en cuanto al consentimiento verbal, el artículo 8. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece las excepciones en las que el consentimiento debe figurar por escrito. En concreto, el precepto reza en el siguiente sentido:

«El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

De modo que, en el caso de la anestesiología, dados los importantes riesgos que comporta todo acto anestésico, el consentimiento informado deberá prestarse siempre por escrito, debiendo ser incorporado este documento a la historia clínica, formando parte de su contenido mínimo, tal y como se desprende del artículo 15. 2. i), conforme al cual:

«-2. La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud. El contenido mínimo de la historia clínica será el siguiente: i) El consentimiento informado».

Por otra parte, en todos estos supuestos previstos por el artículo 8. 2 resulta innegable que el deber de información del médico responsable es mucho más riguroso. De ahí que su contenido básico se encuentre regulado por el artículo 10 de dicho cuerpo legal, y en concreto, y para el caso de duda prevea en su apartado segundo que el consentimiento figure por escrito⁴⁵⁰.

⁴⁵⁰ En este punto, conviene precisar que la doctrina –vigente el derogado artículo 10. 6 LGS- había llegado a parecidas conclusiones sobre la base de una interpretación estricta del concepto de “intervención” que el precepto utilizaba. Así, entre otros, *vid.*, COBREROS MENDAZONA, Edorta: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bizcaia, 1988, pp. 283 y ss.; JORGE BARREIRO, Agustín: «Consentimiento informado y anatomía del paciente», en *Revista Jano*, Vol. XLVIII, núm. 1114, 1995, pp. 42 y ss.; GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; SIMÓN, LOURDA, Pablo: *El consentimiento informado*, Ed. Triacastela, Madrid, 2000, pp. 211 y ss.; PALOMARES BAYO, Magdalena y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: Análisis de la legislación Europea*,

No obstante, a lo anterior, entendemos siguiendo a GALÁN CORTÉS que dicha precisión materializada en el artículo 10. 2 resulta del todo innecesaria, debido a que toda intervención quirúrgica <per se> requiere del consentimiento escrito del paciente [art. 8. 2] y, en consecuencia, a nuestro prudente entender, somos partidarios -apoyándonos en que su ubicación se encuentra en el apartado relativo al contenido de la información-, que habría sido más oportuno señalar que cuando más dudoso fuese el resultado de una intervención mayor fuese la información facilitada al paciente⁴⁵¹.

Así, y por lo que aquí interesa, cuando más dudoso fuese el resultado, como sería el caso del acto anestésico o, cuanto menos necesaria terapéuticamente fuese una intervención, mayor debería ser la cantidad de información suministrada al paciente, relegándose a un rol secundario el consentimiento por escrito.

Una cuestión de interés que se ha suscitado respecto de la forma en que se pone a disposición del paciente la información, es la práctica, cada vez más habitual en el ámbito sanitario-conforme a la innumerable difusión de documentos o formularios de consentimiento informado que existen en los últimos tiempos-, de suministrársela mediante la utilización de protocolos o formularios informativos de carácter genérico, con la pretensión de facilitar la información y la prueba de la existencia del consentimiento.

Práctica que ha sido sumamente criticada tanto doctrinal como jurisprudencialmente en el entendido de que la finalidad perseguida por dichos formularios o protocolos genéricos de información radica, como norma general, en la protección del facultativo frente a posibles

Nacional y Autonómica, Estudio de su evolución jurisprudencial, Ed., Comares, Granada, 2002, pp. 77 y ss.

⁴⁵¹ *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 389.

reclamaciones ulteriores⁴⁵², despreocupándose de la auténtica información que debe ser facilitada al enfermo⁴⁵³.

De esta forma, en muchas especialidades médicas, entre las que figuran con carácter especial aquéllas que podrían encuadrarse dentro de la denominada “medicina voluntaria o satisfactiva”, se han ido elaborando formularios o protocolos que adaptados a cuantas peculiaridades pudieran derivarse de tales especialidades, tienen como finalidad recoger el consentimiento del paciente⁴⁵⁴.

Así, GALÁN CORTÉS precisa que «*los documentos impresos de carácter genérico en modo alguno sirven, por consiguiente, para acreditar el cumplimiento de esta obligación por parte del facultativo, más bien al contrario, al igual que sucede con aquellos protocolos que carecen de la personalización necesaria*»⁴⁵⁵.

En suma, el consentimiento informado prestado a través de estos formularios tipos, es inválido porque no se entrega de forma adecuada la información al paciente y, es esta vulneración del deber de información la que acarrea como consecuencia la invalidación del consentimiento prestado a través de este medio.

⁴⁵²En este sentido, GARCÍA DE SOLA, Ricardo (en «El paciente como adversario», en *Diario Médico, Sección de Normativa*, 2004, p. 10) señala que «*los consentimientos informados son un documento con un contenido defensivo y no informativo-humano para el paciente*».

⁴⁵³*Vid.*, así, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, pp. 547 y 548; RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción (en «Medicina satisfactiva», en ORTÍ VALLEJO (dir.), GARCÍA GARNICA (coord.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 398 a 390) precisa que, mientras que en algunos casos, estos protocolos de consentimiento informado, específicos para determinadas patologías y debidamente personalizados, agilizan al facultativo su obligación de informar al paciente y a la par propician la ulterior obtención del consentimiento, en otros muchos casos, desvirtúan la auténtica finalidad de esta institución, debido a que su finalidad es la de proteger al facultativo frente a las posibles reclamaciones que puedan acaecer, despreocupándose de la auténtica información que debe ser facilitada al enfermo.

⁴⁵⁴Así, RODRÍGUEZ MARÍN, *op. cit.*, p. 321.

⁴⁵⁵*Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 392.

En este sentido, la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de mayo de 2003*⁴⁵⁶, en su fundamento de derecho primero, con ocasión del fracaso de una esterilización tubárica dos años después de practicada, declaró que:

*«El consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado [...], ni conforma debida ni correcta información»*⁴⁵⁷.

También, se han pronunciado las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de noviembre*⁴⁵⁸ y *de 26 de diciembre de 2006*, al precisar que los documentos tipos o genéricos de consentimiento informado constituyen una clara y evidente infracción del deber de información médica, concretamente, establecen que:

«Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente, pues aun cuando pudieran proporcionar alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas [...]. Se trata de simples y escuetos formularios, más próximos a un mero acto administrativo, que médico [...]. Tampoco se hace mención particularizada de la situación médica del enfermo, ni concreción de los riesgos y posibles complicaciones de un tratamiento que no tenía carácter de urgencia y al que podía renunciar».

En idéntico sentido, se pronuncia la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de junio de 2006*⁴⁵⁹, al negar validez a un documento inapropiado de consentimiento informado, con ocasión de la demanda interpuesta por la hija de una paciente que tras ser intervenida sufrió una perforación intestinal que le generó una peritonitis generalizada,

⁴⁵⁶ [Vlex 511/1997] –ponente VILLAGÓMEZ RODIL-.

⁴⁵⁷ En la misma línea, *vid.*, las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de abril de 2001 y de 26 de septiembre de 2000 –ponente VILLAGÓMEZ RODIL-.

⁴⁵⁸ [R] 2006\8059] –ponente SEIJAS QUINTANA-.

⁴⁵⁹ [R] 2006\5152].

falleciendo con posterioridad. El alto Tribunal, destacó en su fundamento derecho quinto, que:

«Un impreso de consentimiento informado en el que se habla de riesgos generales como infección o hemorragia, lesión nerviosa, hematomas, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonías, pero que deja en blanco la casilla correspondiente a los riesgos personalizados respecto de la necesidad de utilizar otra técnica o procedimiento, no es específico para la intervención y, por tanto, el consentimiento dado por la paciente resulta incompleto, al desconocer los riesgos concretos de la operación quirúrgica a la que fue sometida la paciente».

También, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de abril de 2014*⁴⁶⁰ se niega la validez a los documentos inapropiados de consentimiento informado, con ocasión de una intervención que se iba a realizar, tanto para la cirugía (cirugía de fracturas diafisarias (osteosíntesis), aplicable al humero, cubito y radio, fémur y tibia), como para la anestesia, suscritas ambas por el paciente.

*«los documentos se limitan a ser un impreso, en el que constan de una forma general y genérica los que se entienden como riesgos típicos de la intervención, mientras que el apartado correspondiente a riesgos personalizados, que habría de haberse dedicado a aquellos riesgos que se derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto, así como de sus circunstancias personales o profesionales relevantes, permanece en blanco, sin que conste observación alguna relativa a la patología previa»*⁴⁶¹.

Por tanto, los documentos o formularios de consentimiento informado deben ser específicos y personalizados, por cuanto un formulario genérico de información no resulta válido a tales efectos, al no reunir los requisitos mínimos exigibles (especificidad, individualización [...]) para que el paciente pueda decidir, con suficiente conocimiento, si se somete o no a la

⁴⁶⁰ [TOL 3.706.415] -ponente SEIJAS QUINTANA-.

⁴⁶¹ En este sentido, también en la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de septiembre de 2007 [TOL 4.979.781], -siendo ponente XIOL RÍOS-, se niega validez al documento al tratarse de un documento tipo elaborado previamente y sin tener en cuenta la naturaleza y características propias del mismo.

intervención que el facultativo le propone, o si la pospone o acude a consultar con otro médico facultativo.

En concreto, la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura, en su artículo 27. 1 establece que:

«El documento de consentimiento deberá ser específico para cada intervención clínica, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general [...]».

Por otra parte, el artículo 4. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece que:

«La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad».

GALÁN CORTÉS, precisa que *«el médico deberá informar de manera objetiva, veraz, completa y asequible o, como ha reiterado la jurisprudencia francesa, de forma “simple, aproximativa, leal e inteligible”, debiendo tener presente que la información excesiva y prolija, además de inútil en la mayoría de casos, puede ser perjudicial para el paciente»*⁴⁶².

Sobre esta materia, se han pronunciado las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de abril de 2004 y de 26 de junio de 2006*, subrayando que:

«La necesidad de una información exhaustiva y suficiente de los riesgos que entrañe la actuación médica propuesta».

También, la mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de mayo de 2003*⁴⁶³, señala que la información al paciente:

«Ha de ser puntual, correcta, veraz, leal continuada, precisa y exhaustiva», debe pues tratarse, de una *«información suficiente que permita*

⁴⁶² *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 396.

⁴⁶³ [Vlex 511/1997] –ponente VILLAGÓMEZ RODIL–.

contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que los servicios médicos le recomiendan o le proponen».

Por su parte, han declarado las *Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 03 de octubre de 2000*⁴⁶⁴ y de *09 de mayo de 2005*⁴⁶⁵, que:

«La información excesiva puede convertir la actuación clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el enfermo».

En el caso que nos ocupa, conviene precisar que en este ámbito de la anestesiología resulta necesaria la coordinación entre ambos facultativos – cirujano y anestesista- a la hora de informar al paciente sobre sus alternativas terapéuticas, conforme a la transcendencia que ostentan ambas informaciones en la decisión del paciente, debido como GALÁN CORTÉS y GALÁN GUTIÉRREZ precisan acertadamente a que: *«[...] la opción inicialmente elegida tras la información brindada por el cirujano puede variar cuando el paciente tome en consideración aspectos de la anestesia que hasta entonces desconocía por no haber recibido aún la información personalizada por parte del médico-anestesista»*⁴⁶⁶.

En definitiva, en el caso del anestesista y conforme a los riesgos que presenta el acto anestésico, resulta necesario que el paciente obtenga una información vinculada y coordinada de ambas especialidades médicas, con la finalidad de decidir y reflexionar racionalmente sobre los diferentes tratamientos que puedan existir.

4. EL OBJETO DEL CONSENTIMIENTO Y EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN

El objeto del consentimiento informado se circunscribe a la específica intervención para la que ha sido otorgado, sin que, salvo caso de urgencia intercurrente y de actuación necesariamente inaplazable, sea extensible la actividad del facultativo a actuaciones ajenas a la inicialmente autorizada y que determinen la extracción, cercenamiento o lesión de cualquier otro órgano. De forma tal, que el facultativo no podrá realizar ninguna actuación

⁴⁶⁴ [Vlex 3905/1996] –ponente XIOL RÍOS-.

⁴⁶⁵ [Vlex 3546/2001] –ponente ROBLES FERNÁNDEZ-.

⁴⁶⁶ *Op. cit.*, p. 97.

médica que no se encuentre contemplada en el consentimiento previamente otorgado por el paciente, aunque pudiera beneficiarle.

Por cuanto atañe al contenido de la información, conviene precisar que se configura como uno de los aspectos más importantes, puesto que puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia en atención a los riesgos que puedan dimanar de la misma, convirtiéndose en esencial la determinación del caudal informativo que ha de prestarse al paciente en cada caso concreto.

Asimismo, como ya se anunció en párrafos previos prudente es recordar que una información excesiva o innecesaria puede transformar la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el paciente.

En este sentido, el artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, establece que: *«Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias»*.

Con la redacción de la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre, conviene puntualizar dos aspectos. De una parte, que la acepción de “adecuada” utilizada por el mencionado Convenio la hace suya, al establecer en su artículo 2. 2 con la categoría de principio básico, que: *«Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley»*, corrigiéndose con ello la terminología utilizada por el derogado artículo 10. 5 LGS, de tal forma que en la actualidad ya no se habla de “información completa”, sino de “información adecuada”, ajustándose más a las necesidades del paciente y a la realidad asistencial; Por otro lado, la reproducción parcial del tenor del

artículo 5 del Convenio, al señalar en su artículo 4. 1 que: «*La información [...], comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*».

GALÁN CORTÉS señala que «*el facultativo debe informar al paciente del diagnóstico y pronóstico de la enfermedad, de la forma y el fin del tratamiento, de las opciones o alternativas terapéuticas existentes, de las consecuencias seguras y posibles, de todas las circunstancias que puedan incidir razonablemente sobre la decisión del paciente como de la falta de medios del centro sanitario en el que se encuentra y de las consecuencias que para su salud tendría rechazar el tratamiento*»⁴⁶⁷. Además, y por los riesgos que comporta el acto anestésico, añade que «*el médico-anestésista deberá informar, de forma adecuada a su paciente, de los riesgos de la anestesia y de las distintas alternativas (general, local, epidural [...]) para que el enfermo decida libremente su opción y sus riesgos, asumiendo todos ellos*»⁴⁶⁸.

De lo anterior se desprende la necesaria coordinación que es requerida en el ámbito anestesiológico del cirujano y del anestésista a la hora de informar al paciente sobre todas las alternativas terapéuticas, dada la trascendencia de ambas informaciones en la decisión del paciente.

También, resulta necesario aludir, por la existencia de esta problemática en el ámbito de la anestesiología, en la información relativa a la falta de medios del centro asistencial, en particular, a la existencia de la unidad de reanimación o sala de despertar en la fase post-operatoria. Así, el artículo 12. 2 de la Ley 4/2002, de 14 de noviembre, prevé que:

«*Los servicios de salud dispondrán en los centros y servicios sanitarios de una guía o carta de los servicios en la que se especifiquen los derechos y obligaciones de los usuarios, las prestaciones disponibles, las características asistenciales del centro o del servicio, y sus dotaciones de personal, instalaciones y medios técnicos. Se facilitará a todos los usuarios*

⁴⁶⁷ *Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 405.

⁴⁶⁸ «*Responsabilidad civil...*, op. cit., p. 40.

información sobre las guías de participación y sobre sugerencias y reclamaciones».

Respecto a la información básica que debe facilitarse al paciente, con anterioridad a recabar su consentimiento escrito, el artículo 10. 1 de la Ley 4/2002, de 17 de noviembre, incluye:

«El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

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»⁴⁶⁹.

Siguiendo el criterio de distintos autores, dicha información básica debería comprender también, además de las alternativas terapéuticas existentes, las consecuencias que podrían derivarse para el paciente en caso de rechazar la intervención propuesta o sus alternativas⁴⁷⁰, previsión que sí ha sido contenida por algunas legislaciones autonómicas⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ Así, entre otras, *vid.*, la STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 29 de junio de 2011 [Vlex 497/2007] –ponente MARTÍNEZ VARES-GARCÍA-.

⁴⁷⁰ En este sentido, *vid.*, las amplias aportaciones de GALÁN CORTÉS Y GALÁN GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 95 y, GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 408.

⁴⁷¹ En este sentido, entre otras, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León, en su artículo 34 dispone que *«El documento de consentimiento informado deberá ser específico para cada supuesto, sin perjuicio de que se puedan adjuntar hojas y otros medios informativos de carácter general. Dicho documento debe contener como mínimo: -Identificación y descripción del procedimiento, finalidad, naturaleza, alternativas existentes, contraindicaciones, consecuencias relevantes o de importancia que deriven con seguridad de su realización y de su no realización, riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención»*. También, la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, en su artículo 49. 9. d) y f) prevé que: *«-9. La información que se proporcione al paciente deberá incluir al menos: -d) Alternativas razonables al procedimiento; -f) Consecuencias previsibles de la no realización»*.

En el ámbito de la anestesiología la información que deberá básicamente suministrar el anestesista al paciente –salvo situaciones de excepción debidamente justificables- se concretan en las explicaciones (siempre accesibles al paciente) sobre el tipo de anestesia a utilizar y sus alternativas, para el supuesto que las hubiese; sus eventuales consecuencias, como los riesgos y efectos adversos de la administración del anestésico propuesto y, sus probabilidades de éxito o fracaso.

Respecto a la omisión de información sobre el tipo de anestesia a utilizar por el anestesista, se ha pronunciado, la ya mencionada *Sentencia el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de abril de 1999*⁴⁷², con ocasión de una intervención quirúrgica en la que el anestesista omitió la información pertinente tanto al paciente como en defecto a sus familiares respecto a cuál iba a ser la técnica anestésica a emplear, y como consecuencia de ello falleció el paciente –en este caso menor de edad-. El Tribunal falló en su fundamento de derecho sexto que:

«Se desprende una clara falta de información respecto a cuál iba a ser la técnica anestésica a emplear, pues no podemos olvidar que una de las obligaciones exigibles al profesional de la medicina y que forma parte de la "lex artis ad hoc", es la de informar al paciente o en su caso, a los familiares del mismo, pues la falta de información previa a la familia, es tenida en cuenta hasta por la propia Sala que manifiesta su crítica [...] el derecho del paciente a ser informado no debe depender de la importancia que le dé un facultativo, y siendo, como es, un riesgo importante en las anestésias totales, la información debe ser requisito imprescindible».

Por su parte, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 08 de marzo de 2011*⁴⁷³, se desestimó la responsabilidad del anestesista por omisión informativa, en el caso de una paciente a la que, antes de intervenir de hiperparatiroidismo, se la detecta en el pre-operatorio una enfermedad intersticial, información conocida y omitida por el anestesista, falleciendo la paciente días después de la intervención. En el asunto en autos, se indica que:

⁴⁷² [R] 1999\2583] -ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ-.

⁴⁷³ [CJ 6162/2011] -ponente LECUMBERRI MARTÍ-.

«es un hecho fijado por la Sala como consecuencia de la valoración de la prueba, que hubo una omisión informativa por el médico-anestésista que valoró la radiografía del tórax; ahora bien, esta omisión al ser intrascendente en el desarrollo y resultado de la intervención quirúrgica realizada, ni por la demora en la valoración de la radiografía y en la realización del correspondiente TAC, no puede ser determinante de una privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "falta de oportunidad" [...] que se concreta en que basta una cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño» [...] «Constituyendo el consentimiento informado un presupuesto o elemento esencial de la "lex artis", al omitirse en la información suministrada a la paciente de un dato o elemento que no conllevaba un posible riesgo colateral de la operación, resultaba intrascendente en el supuesto contemplado en "litis"».

4.1. La información sobre los riesgos del acto anestésico

En el presente apartado se analiza la necesaria advertencia de las complicaciones, secuelas y demás efectos adversos –de carácter temporal o permanente- que se pueden originar con ocasión de la aplicación del acto anestésico, en una intervención quirúrgica.

En el caso del médico-anestésista, se ha planteado la cuestión de si el deber de información debe extenderse a todas las eventuales complicaciones o únicamente limitarse a las que constituyan riesgos típicos de la operación.

La solución a dicha cuestión ha planteado una amplia polémica en el ámbito doctrino-jurisprudencial, debido a la palpable oposición creada entre dos intereses que en apariencia se deducen inconciliables, de una parte, el deber jurídico de informar en relación con el procedimiento propuesto sobre los riesgos reales y potenciales que su aplicación comporta y sobre cuáles son las probabilidades de éxito o fracaso, con la finalidad de que la decisión adoptada por el paciente sea acorde con el ejercicio pleno de su derecho de autodeterminación; y de otra, la comprobación por parte del

médico-anestésista de que existe cierto tipo de información que debido a las características que presenta el paciente puede ser inapropiada.

De forma tal que, si los riesgos son mínimos y sus ventajas muy críticas no parece oportuno ni justificado aumentar la preocupación del paciente facilitándole los eventuales riesgos de la intervención, debido a que ello podría originar que el paciente rechazase el procedimiento propuesto.

No obstante a lo anterior, conviene precisar conforme a los riesgos que comporta el acto anestésico, y con la finalidad de proteger los derechos de ambas partes –médico-anestésista y paciente-, que el especialista debería en todos los supuestos facilitar al paciente una información más exhaustiva, así como comentar con detalle, entre otras, las posibles complicaciones en caso de utilizar una técnica poco común o si utiliza un medicamento de reciente innovación en el mercado.

En este sentido, en la ya mencionada la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de abril de 1994*⁴⁷⁴, se recoge, como uno de los componentes de la «lex artis ad hoc», el derecho de información que debe proporcionar el anestésista, al establecer que:

«[...] debe informar al paciente [...] del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, puede derivarse [...]».

Sentadas las premisas anteriores, y en relación a la información que el facultativo debe entregar al paciente sobre los riesgos dimanantes de la intervención, en el apartado b) del referido artículo 10.1 se hace hincapié en la necesidad de informar de «*los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente*», cuando lo propio habría sido que se hiciese referencia a los riesgos relacionados con las circunstancias personales y profesionales, debido a que las circunstancias concretas de cada paciente, así como sus antecedentes clínicos requieren que se personalicen los riesgos que son intrínsecos a toda actuación médica.

⁴⁷⁴ [Vlex 349/1994] -ponente ALBACAR LÓPEZ-.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Galicia, de 24 de marzo de 2004*⁴⁷⁵, condenó a la Consejería de Sanidad por los daños físicos y morales que sufrió una paciente que contrajo una infección nosocomial al ser operada de una artroplasia total de cadera derecha. El Tribunal, declaró que:

«Hubo un deficiente consentimiento porque la información que se dio a la enferma debía incluir los riesgos personalizados».

Por otra parte, el apartado c) del artículo 10. 1 dispone la obligación de facilitar al paciente información *«sobre los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención»*. Es decir, que incluye –aunque no utiliza una redacción clara– tanto los riesgos probables (o frecuentes), con independencia de su probabilidad o porcentaje de casos y los directamente relacionados con el tipo de intervención como los riesgos típicos, es decir, los específicos (o patognomónicos o previsibles) de la actuación concreta a realizar, con independencia de que su cuantificación estadística sea poco frecuente.

Así, FRANZKI establece que *«el hecho de que determinados sucesos se produzcan de manera típica no implica que sucedan con una frecuencia numérica»*⁴⁷⁶.

Por lo que a esta materia se refiere, la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de enero de 2001*⁴⁷⁷, con ocasión de una lesión del nervio recurrente derecho en la cirugía vertebral cervical mediante la técnica de Cloward, lo que ocasionó a la paciente afonía y fonostenia, ha precisado que:

«La previsión nada tiene que ver con la frecuencia del suceso [...]; poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto, si es tal complicación inherente a toda

⁴⁷⁵ [núm. 848/2001] –ponente GALINDO GIL–.

⁴⁷⁶ *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozess, Eine prozessrechtliche Studie unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, Dunker & Humblot, Belín, 1982, p. 51.

⁴⁷⁷ [TOL 4 964.609] –ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ–.

intervención en el cuello, ya que por su inherencia y ser perfectamente conocida debió manifestárselo a la enferma».

Hay que tener presente que en el campo de la anestesiología cuando se hace referencia a los riesgos típicos, se alude a los específicos, propios e inherentes del acto anestésico, con independencia de su cuantificación estadística, quedando excluida de tal obligación de información respecto de los riesgos atípicos, es decir, de los eventuales, potenciales e imprevisibles, que no son inherentes a la intervención concreta y de los que no es obligatorio informar, debido a que no resulta exigible a los profesionales sanitarios informar de todos y cada uno de los potenciales o eventuales riesgos e infinitas complicaciones que del acto médico puedan originarse⁴⁷⁸.

Como ya hemos anunciado, somos partidarios de que el médico-anestésista ponga en conocimiento de su paciente con todo detalle las posibles complicaciones para el supuesto de que utilice una técnica poco común, o cuando se utiliza un medicamento nuevo, sobre todo cuando el estado físico del paciente presente una clara tendencia a que se le originen complicaciones o deba someterse a una intervención complicada y prolongada⁴⁷⁹.

Por otra parte, en caso de que exista una única opción terapéutica eficaz el médico-anestésista no quedará eximido de obtener el consentimiento informado previo a la práctica del acto anestésico, con la salvedad de supuestos de urgencia, debido a que de lo contrario se vulneraría el ya mencionado derecho de autodeterminación del paciente.

⁴⁷⁸ En este sentido, GALÁN CORTÉS precisa que *«la obligación de la información de la anestesia tiende en la sociedad francesa, a ser discutida en los Tribunales, especialmente para las llamadas “anestias de confort”, como la epidural. Así, el ejemplo típico que debe ser discutido con el paciente, para recabar su opinión y su ulterior autorización, viene recogido en una Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 20 de marzo de 1984, en la que se reafirma la obligación de información del anestésista a un paciente, detallándose los riesgos previsibles de la anestesia»* («Responsabilidad civil...», *op. cit.*, pp. 1055 y ss.). También, la Sentencia de la Corte de Apelación de Montpellier, de 12 de julio de 1978, señala que *«no es preciso informar más que de los riesgos previsibles de la anestesia»*. Por el contrario, la Sentencia de la Corte de Casación, Cámara 1.ª, de 17 de noviembre de 1979, subraya la *obligación de información del anestésista, incluso de los riesgos no frecuentes o encubiertos»*.

⁴⁷⁹ Es de la misma opinión, DRIPPS, ECKENHOFF y VANDAM, *op. cit.*, p. 50.

No obstante, como ya se anunció previamente, nuestro TS no es partidario de que al paciente se le facilite una información excesiva, debido a que podría convertir la actuación clínica en desmesurada y originar en el paciente un padecimiento innecesario⁴⁸⁰.

A mayor abundamiento, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 15 de febrero de 2000*⁴⁸¹, precisó que:

«[...] *sin que pueda confundirse ni mezclarse el consentimiento informado para una intervención quirúrgica con el requerido para la anestesia que responde a otros riesgos individualizados, específicos y distintos de los que soporta la intervención quirúrgica a la que sirve*».

Respecto a la omisión de la información sobre los riesgos propios del acto anestésico, resulta de interés la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 05 de junio de 2009*, con ocasión de la reclamación interpuesta por el marido de una paciente intervenida, bajo anestesia regional intravenosa, de una fractura-luxación de Monteggia del codo izquierdo. Se recoge la relación de hechos probados que:

«*la paciente sufrió, en el curso de la intervención, una crisis de hipertensión arterial con cifras de 280/130 mm de Hg, que se trató con hipotensores, descendiendo posteriormente la frecuencia cardiaca, por lo que fue preciso administrarle atropina intravenosa sin obtener respuesta, lo que condujo a un paro cardiaco en asistolia, que hizo necesario detener la cirugía para realizar maniobras completas de RCP avanzada, consiguiendo la recuperación de la función cardiaca, no obstante lo cual la paciente no recuperó el estado de vigilia como consecuencia de lesión por anoxia del tronco encefálico, falleciendo posteriormente por shock séptico [...]. La pericial practicada puso en evidencia que, dadas las características clínicas de la paciente, la técnica anestésica practicada era inadecuada, pues entre sus contraindicaciones se encuentra la hipotensión arterial severa, y esta paciente venía siendo tratada por este problema*».

⁴⁸⁰ Así, entre otras, la STS, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 03 de octubre de 2000 [Vlex 3905/1996] –ponente XIOL RÍOS-.

⁴⁸¹ [TOL 2.442.645] –ponente DE LOYOLA ARANGUREN PÉREZ-.

En relación con el documento de consentimiento firmado para la anestesia, la Sala refiere que:

«Éste era para anestesia general y no para loco-regional endovenosa. Simplemente se hizo una anotación señalando que si es posible se realizará con RIV, pero tampoco se hacían constar los riesgos concretos de esta técnica ni, por supuesto, la complicación que tuvo lugar y que, en definitiva, fue la causante del grave deterioro de la salud de la paciente y de su posterior fallecimiento»⁴⁸².

En suma, se censura la omisión de información sobre los riesgos propios de la anestesia loco-regional practicada.

También, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 26 de marzo de 2012*, con motivo de la reclamación formulada por los familiares de una joven primípara de veintitrés años, que falleció por *shock* cardiogénico tras la práctica de una cesárea, bajo anestesia intradural, en un centro sanitario público, ante la presencia de una enfermedad fetal del tipo crecimiento intrauterino retardado tipo II. La Sala declaró la responsabilidad de la Administración sanitaria por no haber obtenido el previo consentimiento informado para este tipo de anestesia, al considerar que:

«Resulta notorio (nueve posibilidades ofrece la hoja de enfermería circulante respecto del tipo de anestesia) que la anestesia intradural y la anestesia epidural no se llevan a cabo en los mismos espacios, intradural en el primer caso y epidural en el segundo, ni tampoco las mismas técnicas, por lo que no puede entenderse, salvo urgencia vital que no es el caso, que la una comprende a la otra, dadas sus distintas características y efectos (la

⁴⁸² También, sobre un supuesto de técnica anestesista inapropiada, se ha pronunciado STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de junio de 2001 [TOL 2.634.520] –ponente MARÍN CASTÁN-, se condenó al médico-anestesista que intervino en la operación de un paciente que, tras ser intervenido para implantarle una prótesis de cadera izquierda, sufrió paralización de la pierna derecha y de los esfínteres y murió a causa de una tromboembolia pulmonar causada por la inmovilidad ciento catorce días después de la intervención, debido a una defectuosa administración de la anestesia epidural.

El Tribunal estimó que *«por la evidencia de que antes de la intervención el paciente tenía sana su pierna derecha, ya que la prótesis de cadera se iba a implantar en la izquierda, y sin embargo la parálisis de aquélla se manifestó de forma inmediata a la intervención, siendo precisamente una de las complicaciones la técnica anestésica aplicada. Afirma, el nexo causal “entre la anestesia y la lesión”».*

Administración alegó que la paciente había firmado en una clínica privada el consentimiento informado para la analgesia epidural obstétrica y que, por tanto, era conocedora de sus riesgos; la Sala distinguió entre anestesia epidural e intradural, siendo esta última la aplicable a la fallecida y de la que se había omitido toda información a la misma».

En definitiva, conforme a las peculiaridades que presenta el acto anestésico, el objeto del consentimiento informado quedará circunscrito a la específica intervención o técnica anestésica para la que haya sido otorgado; requerirá de un consentimiento informado específico y propio para esta técnica concreta, ya se trate de anestesia general o de otra modalidad anestésica y, además deberá estar coordinado con el de los demás profesionales que sean intervinientes en la operación que lo motiva y, se deberá informar de las distintas alternativas anestésicas existentes, contraindicaciones, riesgos típicos y probables; sin caer en una información excesiva que pueda generar en el paciente recelos o miedos y, en definitiva confundirlo.

Asimismo, y por cuanto atañe a la posible exigencia de la responsabilidad en que pueden incurrir estos facultativos resulta necesario tener en cuenta la imprevisibilidad derivada de las reacciones y sensibilidades del cuerpo humano.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 22 de abril de 1988*⁴⁸³, en su fundamento de derecho cuarto, ha precisado que:

«es notorio que toda intervención quirúrgica, especialmente si se efectúa bajo los efectos de anestesia general, implica graves riesgos que la medicina y la cirugía no han podido, pese a los innegables progresos científicos, desarraigar, dándose un porcentaje sensible de fallecimientos consecutivos a dichas intervenciones, sucedidos, en ocasiones durante el tracto post-operatorio, como lo son la embolia postquirúrgica, la neumonía hospitalaria, la vida vertiginosa de la tensión arterial, las hemorragias u otros accidentes. Por ello, los facultativos deben extremar las cautelas y precauciones y emplear el instrumental de todas clases, adecuado y que se

⁴⁸³ [Ponente VIVAS MARZAL].

halle en condiciones óptimas de funcionamiento, prelujiendo la intervención con los indispensables análisis, radiografías y electrocardiogramas, tendentes a conocer el verdadero estado del paciente y a eliminar o, al menos, disminuir, las posibilidades de fracaso y de que se produzca un resultado letal».

Por tanto, los distintos riesgos derivados del acto anestésico no originan que la responsabilidad del anestesista sea objetiva⁴⁸⁴, sino que

⁴⁸⁴ Así, *vid.*, LLAMAS POMBO, *op. cit.*, p. 392 y, FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 407. Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de febrero de 1990 –ponente FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ-, sostiene que con el recurso al riesgo –a la teoría del riesgo- se ha pretendido objetivar la responsabilidad; ahora bien, en la materia que nos ocupa, cabría afirmar que *«la tesis del riesgo no es aplicable al ser inherente a las intervenciones quirúrgicas y además es aceptada como consustancial a ella en tanto no se acredite comportamiento doloso, culposo o negligente del médico interviniente y, por tanto, compartida y aceptada tanto por el médico como por el paciente que decide y accede someterse a ella»*. En el mismo sentido, las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de marzo de 1994; de 25 de julio de 1996 y de 10 de noviembre de 1997. En jurisprudencia menor, la SAP de Tarragona, Sección 1.ª, de 05 de enero de 2000 [AC 2000/713] –ponente ALAVEDRA FARRANDO-, en su fundamento quinto, expuso que: *«cuando el no resultado deseado no se acredita fuese debido a un comportamiento culposo o negligente en el actuar médico, sino a una imprevisible complicación surgida enteramente ajena al precitado médico actuante en la intervención quirúrgica de que se trata, y por tanto a la correcta intervención quirúrgica de que se trata y que le fue encomendada, lo que conduce a que no debe acogerse la presunción de responsabilidad formulada a medio de la demanda iniciadora del juicio de que se trata, y mayormente si se considera, de una parte, que la falta de prueba de culpabilidad así lo exige, en ortodoxa aplicación del principio de presunción de inocencia que consagra la Constitución en su art. 24 y que el Tribunal Constitucional en reiterado criterio aprecia aplicable no solamente al orden jurisdiccional penal, sino también al civil y otras materias, y de otra parte que la tesis del riesgo no es aplicable al ser inherente a las intervenciones quirúrgicas, y además es aceptada como consustancial a ella en tanto no se acredite comportamiento doloso, culposo o negligente del médico interviniente y, por tanto, compartida y aceptada tanto por el médico como por el paciente que decide y accede someterse a ella»*. Respecto a que dicha teoría no ha conseguido objetivar la responsabilidad, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 14 de abril de 2003 [RJ 2003\3706] –ponente GARCÍA VARELA-, en su fundamento de derecho segundo, previó que: *«[...] tras una adecuada exposición de los requisitos para la correcta aplicación del artículo 1902 del Código Civil, y un acercamiento a la llamada teoría de responsabilidad por riesgo, no ahonda ni en las tesis adecuadas al primero, en aplicación correcta de los artículos 1253 y 1104, pronunciándose en la culpa exclusiva de la víctima sin entrar ni motivar en la valoración del enlace evidenciado entre el hecho demostrado y el que se deduce a la luz de los preceptos infringidos- se desestima por las razones que se dicen seguidamente»*. También, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de junio de 2004 [RJ 2004\4639] –ponente GARCÍA VARELA-, en su fundamento de derecho segundo, estableció que: *“Esta Sala tiene declarado que «la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal*

exigen de una especial diligencia en la aplicación de la <lex artis> propia del médico anestesista-reanimador que comporte su minimización.

En particular, en la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993*⁴⁸⁵, en su fundamento de derecho octavo señaló que:

«La aplicación de la anestesia comporta riesgos y [...] los mismos pueden ser evitados adoptando las técnicas adecuadas, cuya simple existencia se encuentra basada en la realidad de tales riesgos y sobre su previsibilidad y evitabilidad».

Para finalizar, y en relación al recurso de las técnicas apropiadas a la <lex artis>, se ha pronunciado la ya mencionada *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 05 de abril de 2000*⁴⁸⁶, en su fundamento de derecho tercero al descartar *«cualquier idea de responsabilidad objetiva o por riesgos»*⁴⁸⁷.

5. MOMENTO EN QUE DEBE PRESTARSE EL CONSENTIMIENTO INFORMADO POR EL PACIENTE

La doctrina es unánime en que el principio básico que rige en esta materia es el hecho de que la autonomía del paciente únicamente se verá respetada si se obtiene su consentimiento previamente a la intervención o al tratamiento médico de que se trate⁴⁸⁸.

De modo que aunque resulta evidente que el consentimiento del paciente debe ser prestado con anterioridad al acto médico que se pretende

modo que si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado o demandados, ha de excluirse la responsabilidad de los mismos», (STS de 28 de noviembre de 1998, y en el mismo sentido STS de 8 de marzo de 1999, entre otras), cuya doctrina es de aplicación para el decaimiento del motivo, toda vez que en la instancia aparece acreditada la falta de causalidad y, por consiguiente, de culpa de don Alberto en la efectividad del suceso del que resultaron lesiones para el demandante». En idénticos términos, las SSTS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 21 de diciembre de 2005 [RJ 2005\1047] –ponente GONZÁLEZ POVEDA- y, de 16 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8134] –ponente SIERRA GIL DE LA CUESTA-.

⁴⁸⁵ [RJ 1993\2545] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-.

⁴⁸⁶ [AC 2000/1508] –ponente RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO-.

⁴⁸⁷ En doctrina, *vid.*, FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁸⁸ Así, RODRÍGUEZ MARÍN, *op. cit.*, p. 322.

realizar⁴⁸⁹, lo cierto es que deberá subsistir durante todo el tratamiento (principio de temporalidad), de forma tal que se vaya modulando a lo largo de todo el proceso. De ahí que no se trate de un acto de tracto único, sino de tracto sucesivo o de ejecución continuada, planteándose en los distintos momentos a lo largo del proceso asistencial⁴⁹⁰. Por tanto, en aquellos supuestos en los que surjan modificaciones en el curso del tratamiento, el paciente deberá otorgar un nuevo consentimiento, debiendo el facultativo entregar una nueva información y esperar además un tiempo prudente para la toma de la decisión del paciente.

En este sentido, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala Contencioso-Administrativo, de 28 de noviembre de 2003*⁴⁹¹, señaló que:

«La información es un proceso continuado que comprende desde el inicio hasta el final del tratamiento para que el paciente conozca su proceso en profundidad y le permita organizar y adecuar su conducta».

Téngase presente que nuestro ordenamiento jurídico sigue esta dirección, al señalar el artículo 2. 2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que: *«Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios»*. Por su parte,

⁴⁸⁹ En este sentido, en la SAP de las Islas Baleares, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2001 [Vlex 102/2001] –ponente AGUILÓ MONJO–, se niega validez al documento de consentimiento firmado justo antes de entrar al quirófano. La Sala, señaló que *«la información completa debe proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado en favor de la opción quirúrgica correctora, y ello no se consigue con el solo hecho de hacer firmar un escrito antes minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones sociológicas y personales, no se puede esperar del firmante una respuesta mediata y un consentimiento libremente expuesto»*. Las declaraciones de los testigos del paciente y la falta de pruebas que acreditasen lo contrario por parte del médico resultaron suficientes para que los jueces considerasen que la firma del documento se realizó minutos antes de la operación, pues los familiares aseguraron que *«nunca hasta momentos antes de la intervención tuvieron conocimiento del documento de consentimiento informado»*.

⁴⁹⁰ Así, GALÁN CORTÉS sostiene que *«la información correcta concierne no solo a la fase previa a la celebración del contrato médico, sino también a la fase de ejecución del tratamiento, en cuanto permite al paciente consentir sobre la adopción de las medidas de precaución más idóneas para la salvaguarda de su salud»* (*Responsabilidad civil... op. cit.*, p. 380) y, *vid.*, RODRÍGUEZ MARÍN, *op. cit.*, p. 319 y, las aportaciones a tal respecto de LIZZARAGA BONELLI, *op. cit.*, p. 281; BLANCO PÉREZ-RUBIO, *La carga de la prueba... op. cit.*, p. 55.

⁴⁹¹ [núm. 1566/2000].

el artículo 8. 1 del mismo texto legal dispone que: «*Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso*».

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, la información ha de facilitarse con el tiempo suficiente para que el usuario pueda reflexionar y madurar su ulterior decisión.

En este sentido, GUERRERO ZAPLANA sostiene que «*facilitar la información sin tiempo para prestar el consentimiento es tanto como privar de la información, pero sin embargo esta exigencia del tiempo no se ha tomado en suficiente consideración por el legislador para ofrecer al paciente la necesaria reflexión antes de consentir*»⁴⁹².

También, GÓMEZ RIVERO señala que «*el consentimiento se preste en un momento temporal que garantice la madurez de la decisión, debe tenerse presente que, en la medida de lo posible, el mismo habrá de obtenerse antes de que se presente el estado de sufrimiento que pueda alterar la capacidad de decisión del enfermo*»⁴⁹³.

En definitiva la falta de tiempo, ha determinado cierta controversia, a la que indudablemente no es ajena el anesesiólogo máxime cuando se encuentra en el quirófano con un paciente al que únicamente le han facilitado para su firma el documento de consentimiento informado de los riesgos de la anestesia poco antes de ser puesto a disposición de la intervención quirúrgica, es decir, sin prácticamente tiempo para madurar su decisión, lo que constituiría en caso de ser anesthesiado, salvo caso de urgencia una *mala praxis*, con los consiguientes efectos que de la misma puedan derivarse⁴⁹⁴.

De las disposiciones de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se desprende que la prestación previa del consentimiento, contempla como

⁴⁹² *El consentimiento informado. Su valoración en la Jurisprudencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, 4.ª ed., p. 96.

⁴⁹³ *La responsabilidad penal del médico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 68 y 69.

⁴⁹⁴ En este sentido, *vid.*, las argumentaciones de GALÁN CORTÉS y GALÁN GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p. 98.

única salvedad el hecho de que el paciente se encuentre en una situación de urgencia, es decir, dentro de aquellos supuestos en los que concurran las notas de inmediatez y de gravedad, en los que no se precisa el consentimiento informado previo para realizar las actuaciones médicas o intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente⁴⁹⁵.

Por otra parte, resulta innegable que para que el consentimiento emitido por el paciente pueda tener la consideración de válido⁴⁹⁶, éste en el momento de otorgar el consentimiento deberá estar lúcido y consciente. Por ello, es necesario que el paciente preste el consentimiento antes de cualquier práctica médica, debido a que en ese momento se encontrará en estado de relativa claridad mental para comprender el alcance del acto que se realizará.

En este sentido, se ha pronunciado la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, de 08 de noviembre de 1997*⁴⁹⁷, ha señalado que:

«La premedicación anestésica suele atenuar la capacidad de comprensión y decisión, no siendo por ello momento adecuado para recabar el consentimiento informado cuando el paciente se encuentre bajo los efectos de medicamentos».

Otra de las exigencias que configura el consentimiento informado se circunscribe al hecho de que éste debe ser actual, lo cual implica resaltar su carácter eminentemente temporal y revocable⁴⁹⁸. Así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en su artículo 8. 5 prevé que: *«El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento».*

⁴⁹⁵ Así, el artículo 9. 2 en su apartado b) prevé que: *«Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él».*

⁴⁹⁶ En este sentido, GUERRERO ZAPLANA, considera que *«proporcionar la información sin antelación suficiente para prestar el consentimiento equivale a no facilitar dicha información»* (op. cit., p. 96).

⁴⁹⁷ [AC 1997/2311] -ponente CRISTIN PÉREZ-.

⁴⁹⁸ Es de esta opinión, BILLANCETTI, Mauro: *La responsabilidad penale e civile del medico*, Cedam, Padova, 2005, 5.ª ed., p. 352.

Téngase presente que la exigencia de la escrituración de dicho precepto únicamente es válida a efectos probatorios, por tanto, la revocación verbal⁴⁹⁹ tendría plena validez. Asimismo, en caso de consentimiento prestado con posterioridad a la práctica asistencial, resulta innegable que éste será ineficaz como tal, sin perjuicio de que pueda servir de ratificación del acto médico ya realizado⁵⁰⁰.

Por lo que, si la información no es transmitida con la antelación suficiente para el que el paciente pueda reflexionar adecuadamente, carecerá de validez y eficacia el consentimiento emitido aun en caso de que se encuentre firmado, por haberse actuado de forma contraria a los principios básicos que en éste deben concurrir y, constituyendo tal acto indudablemente una infracción de los derechos del paciente y, por tanto, de la «lex artis» formal, pudiendo ser determinante de responsabilidad del facultativo por los daños materializados tras su actuación, aun a pesar de que hubiese mediado –por su parte– una actuación correcta desde el punto de vista técnico.

En definitiva, el consentimiento del paciente al acto anestésico debe ser expresado antes de la administración de la medicación pre-anestésica, con la finalidad de que resulte asegurada la plena eficacia del acto⁵⁰¹.

Desde el punto de vista jurisprudencial, aunque sobre dicha cuestión se han pronunciado en escasas ocasiones, lo cierto es que han adoptado una posición de unanimidad, al exigir que la información sea otorgada al paciente con la antelación debida para que éste pueda ejercer su derecho de autodeterminación.

Por lo que a esta materia se refiere, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sección Única, de 22 de julio de 2003*⁵⁰², con ocasión de

⁴⁹⁹ Vid., entre otros, DOMINGO LUELMO, *Derecho sanitario...*, *op. cit.*, p. 309; RODRÍGUEZ MARÍN, *op. cit.*, p. 363.

⁵⁰⁰ Así, LÓPEZ MESA, *op. cit.*, p. 363.

⁵⁰¹ Por su parte, SNOW es partidario de obtener el consentimiento escrito del paciente durante la visita pre-operatoria que, como norma general se verifica la víspera del día establecido para la intervención (*op. cit.*, pp. 40 y ss.).

⁵⁰² [Vlex 783/2003] –ponente VILLAGÓMEZ RODIL–.

una cirugía estética mamaria en la que la información no se facilitó de forma adecuada y suficiente, señaló que:

«Se infringió el deber de información [...], pues no se trata de una información oportuna y efectiva, ya que no consta acreditado que se hubiera realizado con una inmediatez temporal razonable a la operación, lo que era carga probatoria del médico demandado»⁵⁰³.

También la jurisprudencia menor mantiene idéntico criterio. En particular, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.ª, de 13 de febrero de 2001*⁵⁰⁴, dejó sin efecto el consentimiento informado prestado por la paciente al entender que carece de validez por haber sido firmado, prácticamente, a las puertas del quirófano, porque:

«La información debe darse con la antelación necesaria para que la voluntad se determine libremente [...] la información completa debe proporcionarse antes de que la voluntad se haya determinado en favor de la opción quirúrgica correctora y que ello no se consigue por el solo hecho de hacer firmar un escrito minutos antes de la operación y en circunstancias en las que, por razones obvias sociológicas y personales o individuales, no se puede esperar del firmante una respuesta mediata o un consentimiento libremente expuesto, especialmente cuando quien ofrece el documento a la firma no es el médico o cirujano que debe realizar la operación».

⁵⁰³ En este sentido, RIBOT IGUALADA, Jordi (en «Comentario a la STS, de 22 de julio de 2003. Cirugía estética. Intervención quirúrgica correctora de mamas con resultado de cicatrices antiestéticas. Responsabilidad contractual del cirujano», en *CCJC*, núm. 64, 2004, p. 415) precisa que *«en aquellos supuestos en que se presume que el paciente dispone de una información adecuada –por haberse sometido con anterioridad a idéntica prueba o intervención–, el médico ostentará la carga de comprobar que el paciente dispone de esa información razonable, de tal forma que si así no fuere la complementa en la medida en que resulte necesario».* Desde el punto de vista jurisprudencial, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de julio de 2002 [TOL 202.422] –ponente CORBAL FERNÁNDEZ –, con ocasión de una operación de vasectomía, y debido a complicaciones surgidas en la misma se produjo al paciente un gran hematoma que acarreó la pérdida por atrofia de uno de los testículos, precisó que: *«se infringió el deber de información médico, de tal modo que el consentimiento obtenido para la operación no estaba debidamente informado por lo que el paciente (cliente o usuario) no pudo ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que tiene su fundamento en la dignidad de la persona».*

⁵⁰⁴ [Vlex 102/2001] -ponente AGUILO MONJO-.

En idéntico sentido, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 05 de septiembre de 2006*⁵⁰⁵, consideró que los consentimientos informados prestados por la enferma carecían de validez por haber sido firmados el mismo día de la intervención, debido a que se privó a la enferma de la posibilidad de poder desistir de la intervención, al no conocer todos los efectos que de aquélla podían derivarse.

En la misma línea, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Extremadura (Cáceres), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de mayo de 2008*⁵⁰⁶, declara sobre la necesaria antelación de la firma del documento de consentimiento informado, que:

«El documento es firmado cuando la paciente se encuentra ingresada en el Hospital, el día antes de la operación, sin que exista constancia, por consiguiente, si fue debidamente informada, verbalmente o por escrito y con la suficiente antelación, de los riesgos, beneficios, alternativas, pronóstico y diagnóstico de la intervención, pues la información debe ser continuada y no ofrecerse únicamente cuando ya el paciente ha ingresado en un centro con la finalidad de ser sometido a dicha operación, pues las alternativas de elección que tiene en tal momento son lógicamente inferiores. Y es que, no debemos olvidar, como ha afirmado con reiteración el TS, que solo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que cumpla su finalidad. Entendemos, por consiguiente, que al no ir precedido de la debida información en este caso concreto el consentimiento, teniendo en cuenta sobre todo la especial situación personal de la actora, no puede considerarse válido y eficaz, y por ello, existe un incumplimiento de la “lex artis ad hoc” por parte de los profesionales médicos».

En este sentido, como XIOL RÍOS y BASTIDA FREIJEDO⁵⁰⁷, acertadamente, precisan la jurisprudencia sostiene, de forma pacífica y uniforme, que la información debe hacerse efectiva con tiempo, antelación y dedicación suficiente.

⁵⁰⁵ [Vlex 167/2006] –ponente ROBLES GARCÍA-.

⁵⁰⁶ [Vlex 65/2008] –ponente DOMÍNGUEZ CALVO-.

⁵⁰⁷ *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Vol. I, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, 1.ª ed., p. 45.

En síntesis, en el ámbito de la anestesiología, esta antelación suficiente a la que alude nuestra jurisprudencia, indudablemente estará en función de las circunstancias de cada caso concreto, tanto del paciente como de acto anestésico concreto a aplicar. De ahí que fijar un tiempo previo mínimo y uniforme para todos los supuestos será complejo y difícil, aun a pesar de que algunas legislaciones autonómicas lo han establecido en 24 horas.

Por último, conviene destacar que frente a la inexistencia por la normativa nacional de regulación expresa del periodo mínimo de reflexión que debe mediar entre la entrega de información y la manifestación del consentimiento por el paciente, algunas disposiciones autonómicas -como analizaremos en las próximas líneas- sí han señalado que la información se deberá facilitar con una antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar con calma y decidir libremente.

5.1. Referencia a la legislación autonómica

Como ya se ha mencionado puntualmente, algunas legislaciones autonómicas, han abordado con detalle este presupuesto del consentimiento informado, dada su gran trascendencia, pero lo cierto es que no lo han hecho de forma homogénea originado con ello la existencia de diferencias inter-autonómicas considerables. Así, entre otras:

La Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de la Comunidad Autónoma de Galicia (modificada por Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes) prevé al respecto en su artículo 8. 3, que: «*La información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente*».

También en idéntico, sentido la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, incide en esta circunstancia con la pretensión de garantizar la efectividad real del derecho a la información y

evitar su conversión en un simple formalismo, previendo en su artículo 17. 3 que: «*La información se facilitará en términos comprensibles, adecuados a las necesidades de cada persona y con antelación suficiente para que ésta pueda reflexionar y elegir libremente*»⁵⁰⁸.

De lo anterior, se desprende que la información recibida tiene que permitir reflexionar al paciente, y fruto de dicha reflexión, decidir. Por tanto, únicamente si existe posibilidad de reflexión y, en consecuencia, de decisión, se podrá entender que la información ha sido transmitida con la «*antelación suficiente*».

Lo anterior parte de la premisa de que en esa “antelación suficiente” hay tranquilidad y calma recíproca en ambas partes, es decir, tanto en el facultativo que transmite la información como en el paciente que la recibe.

Por tanto, como ABEL LLUCH acertadamente precisa la antelación suficiente «*permite la maduración de la decisión y eventualmente una segunda opinión médica*»⁵⁰⁹.

Ayuda a matizar qué debe entenderse por “antelación suficiente” acudir, entre otras, legislaciones autonómicas a lo dispuesto en el artículo 43. 9 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana, precepto que reza en el siguiente sentido: «*La información previa al consentimiento se facilitará con la antelación*

⁵⁰⁸ También hacen alusión a la “antelación suficiente”: La Ley 5/2010, de 24/06/2010, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha, en su artículo 9. 4 establece que: «*La información, como regla general, se proporcionará al paciente verbalmente, dejando constancia escrita en la historia clínica. Esta información deberá darse de forma comprensible, adaptada a la capacidad de cada persona, de manera continuada y con antelación suficiente a la actuación asistencial para permitir a la persona elegir con libertad y conocimiento de causa*» y, el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su artículo 25. 3 dispone, que: «*Se facilitará con antelación suficiente, y en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes*».

⁵⁰⁹ «El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 10, 2004, p. 110.

suficiente y, en todo caso, al menos 24 horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes»⁵¹⁰.

En virtud de lo anterior, se desprende que indudablemente no existiría antelación suficiente si no hubo condiciones o tiempo para dicha reflexión, o aunque lo hubiese habido, por el momento en que esa reflexión se produce, ya no cabe elección.

En este punto, es conveniente traer a colación la ya mencionada *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 30 de septiembre de 2005*⁵¹¹, en la que se hace responsable civilmente al anestesista por su conducta no acorde con la *praxis* médica que se le puede exigir, debido a la incorrecta realización de la evaluación pre-anestésica⁵¹².

También, en el *Auto del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 22 de septiembre de 2009*⁵¹³, se hace responsable civilmente al anestesista por la punción practicada para anestésiar a la paciente, debido a que no se adoptaron al efecto cautelas previas, mediante consulta de pre-anestesia o la realización previa de las pruebas oportunas para descartar en su caso la realización de la técnica anestésica que se utilizó.

Téngase presente que esta evaluación pre-anestésica, junto con la per-anestesia y la post-anestesia, es uno de los componentes que constituyen la

⁵¹⁰ También, el Decreto 38/2012, de 13 de marzo, sobre historia clínica y derechos y obligaciones de pacientes y profesionales de la salud en materia de documentación clínica de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en su artículo 25. 3 hace referencia a las 24 horas.

⁵¹¹ [La Ley Juris: 613778/2006] –ponente MONTOLIO SERRA-.

⁵¹² En idéntico sentido, se han pronunciado las SSAAPP de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 19 de diciembre de 2013 [TOL 4.361.558] –ponente BILDARRAZ ALZURI- y, de Córdoba, Sección, 1.ª, de 08 de junio de 1997 [TOL 1.625.220] –ponente MAGAÑA CALLE-, en las que se indica que los patrones a que debe ajustarse la actuación del médico anestesista (evaluación pre-anestésica, per-anestesia con presencia continua durante la intervención quirúrgica y permanente evaluación monitorizada, y post-anestesia mediante control del paciente en la unidad de recuperación), confirmando en el caso la condena del demandado por haberse omitido las pruebas previas a la intervención.

⁵¹³ [Vlex 1741/2007] –ponente XIOL RÍOS-.

actividad anestésica⁵¹⁴, por tanto, esa evaluación formará parte de la conducta o «lex artis» que se le reclama al médico anestesista.

En el asunto en autos, el anestesista reconoció que no le pidió al paciente «*un consentimiento informado especial para el acto anestésico, que no le dio ninguna medicación pre-anestésica, ni le hizo más visita que la realizada a la entrada al quirófano*»⁵¹⁵,

Por tanto, realizó la evaluación pre-anestésica minutos antes de que el paciente ingresase en el quirófano, cuando lógico habría sido mantener una entrevista con la que la anestesista se hiciese cargo de la situación del paciente para poder informarme debidamente⁵¹⁶. Información anticipada con la que el paciente podría haber reflexionado y elegido libremente y que le habría permitido prestar un consentimiento más informado.

Asimismo, conviene precisar que la información que se debe prestar con antelación es la referida a la actuación a realizar, es decir, la de esa actuación en ese preciso momento, por tanto, no será válida la información

⁵¹⁴ Así se encuentra recogido: -1. De forma genérica, en la Guía de Formación de especialidades en Anestesiología y Reanimación del Consejo Nacional de especialidades médicas. -2. De modo más detallado en la Guía de Práctica clínica en Anestesiología y Reanimación de la SEDAR.

⁵¹⁵ En idénticos términos, en la SAP de Barcelona, Sección 17.ª, de 30 de septiembre de 2005 [La Ley Juris: 613778/2006] –ponente MONTOLIO SERRA-, el anestesista reconoció que «*no va demanar al pacient un consentiment informat especial per l'acte anestèsic, que no li va donar cap medicació pre-anestèsica ni va fer més visita al pacient que aquella que va fer a l'avant-quiròfan*». Trad.: «*no le solicitó al paciente un consentimiento informado especial por el acto anestésico, que no le dio ninguna medicación anestésica ni más visita al paciente que aquella que realizo antes del quirófano*».

⁵¹⁶ Se parte de la premisa de que es preceptiva, como parte de esa correcta información, la comunicación al paciente de la anestesia que se le va a aplicar y de los riesgos post-operatorios, así se desprende de las SSAAPP de Girona, Sección 1.ª, de 24 de febrero de 2000 [Vlex 97/2000] –ponente PÉREZ CAPELLA- y, de Córdoba, Sección 3.ª, de 29 de enero de 2001 [Ley Juris 531/2001] –ponente MORENO GÓMEZ- en las que con carácter preoperatorio, se solicitó que se informara a la paciente de la anestesia que se le aplicaría y de los riesgos post-operatorios, dada su especial constitución, y las dificultades de la punción intradural. También, en la SAP de Barcelona, Sección 1.ª, de 06 de junio de 2007 [TOL 1.150.766] –ponente PORTELLA LLUCH-, se condena al anestesista por prestar insuficiente información sobre de los riesgos de la aplicación anestésica a la intervención de la paciente. También en la STSJ de las Islas Baleares, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 02 de marzo de 2015 [Vlex 134/2015] –ponente ORTUÑO RODRÍGUEZ- se hace alusión a un caso en el que la paciente no fue lo suficientemente informada de los riesgos derivados de la técnica anestésica a utilizar en la cesaría y en el subsiguiente tratamiento profiláctico, derivándose un resultado dañoso (el hematoma subaracnoideo, con subsiguiente paraplejia) de la aplicación de la técnica de anestesia intrarraquídea.

prestada para una actuación idéntica, pero anterior en el tiempo, que no se llegó a realizar.

En suma, resulta innegable la imposibilidad de alusión alguna a “antelación suficiente” cuando al paciente se le informa en un primer momento y con la información recibida decide no intervenir. Si en un momento posterior pretende la intervención previa, lo preceptivo será volver a informarle⁵¹⁷.

En definitiva, la información proporcionada por el facultativo deberá serlo para cada intervención, de ahí que no sea comprensible que la ya facilitada con antelación sea suficiente, por causa de la realización de una intervención previa.

En este punto, la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 26 de febrero de 2003*⁵¹⁸, estableció en su fundamento derecho tercero, que:

«El correcto cumplimiento de ese deber de información no puede inferirse de una intervención anterior que, por sí sola, no puede eximir o resignar su cumplimiento, ni eleva unos niveles de información contrariamente influidos por la confianza, ni es tampoco factor de aminoración de riesgos que a menudo se incrementan con la reiteración de actividades clínicas».

Otra cuestión de gran interés que se desprende de la literalidad que presentan los textos contenidos en las legislaciones autonómicas mencionadas, se circunscribe al hecho de que esa antelación suficiente, que permite reflexionar y elegir al paciente, requiere de tiempo. Y en este sentido, se plantea la cuestión de qué antelación se tendrá por suficiente en

⁵¹⁷ Así, la STS, Sala 1.ª, Sección, Única, de 22 de julio de 2003 [Vlex 783/2003] –ponente VILLAGÓMEZ RODIL-, se estableció que *«se produjo suficiente información previa, respecto al proceso quirúrgico a desarrollar para mejorar el estado de las mamas, con indicación de los riesgos y secuelas posibles, de modo que la paciente en aquella época, tras valorar la información recibida, decidió no intervenir por el momento. [...] Se trata por tanto de una información anterior, admitiendo su existencia, pero no una información actualizada, puntual y precedente a la intervención».* El Tribunal, declaró que *«no procede admitir que la información anterior resulte vigente y eficaz y pueda proyectarse a la operación que es objeto de este proceso, sobre todo cuando como respuesta a aquella la recurrente decidió no operarse».*

⁵¹⁸ [JUR 2003\196801] –ponente DÍAZ SUAREZ-.

un supuesto de urgencia, en el que no se permita demora alguna frente a la posibilidad de originar lesiones irreversibles o de existir un serio peligro de fallecimiento del paciente.

Frente a dicha cuestión se puede concluir que de igual manera que en este caso no es necesario el consentimiento previo y por escrito del paciente, también debería entenderse que la información no debería ser conocida directamente por el paciente, siendo suficiente con que se le intente comunicar lo que permitan sus circunstancias y grado de comprensión, con la antelación –que en el caso de urgencia- la situación reclama.

Partiendo de la premisa de que en estos supuestos la <lex artis> en la actuación exige urgencia más que cumplir con las pautas de la información, se puede sostener la teoría de que se mantiene ese deber de información, pero indudablemente, sobre éste prima la situación de urgencia en la atención médica, de ahí que nada impida que se cumpla con dicho deber neutralizada la situación urgente, es decir, en un momento posterior⁵¹⁹.

Además, el referido precepto contenido en la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de la Generalitat, de Salud de la Comunitat Valenciana (en idénticos términos, se ha pronunciado la Comunidad Autónoma de Extremadura en el artículo 28. 3 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente) también dispone en qué momentos no se debe facilitar la información, ya por circunstancias personales del paciente, que llevan a que no sea el momento más idóneo para informarle, o por circunstancias temporales que no le permiten ponderar la información recibida, así el precepto prevé que: «*En ningún caso se dará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico*».

En este sentido, téngase presente que la referencia realizada en el articulado contenido tanto por la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, como por la Ley 3/2005, de 8 de julio, respecto de que en ningún caso se dará

⁵¹⁹ En este sentido, *vid.*, BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva ley 41/2002, de 14 de noviembre», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 2004, p. 48.

información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico, resulta del todo innecesaria, ya que la obtención del documento de consentimiento formal en dicho estado, carecería de validez, debido a que con dicha actuación no se garantiza el derecho de autodeterminación del paciente, que indudablemente requiere de una información adecuada y de un tiempo para su reflexión.

Así, la *Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 25 de febrero de 2004*⁵²⁰, con ocasión de la reclamación efectuada por los familiares de un paciente que falleció a los dos días de practicada una colangiopancreatografía retrógrada con fines diagnósticos, señaló que:

«No hay duda, que el respeto de los derechos del paciente (reconocidos ahora con más detalle por la Ley 41/2002, que no estaba vigente a la fecha en que se recurrieron los hechos) no puede permitir que se considere suficiente una información que se pudiera haber producido en el interior de la Sala de Endoscopias y ello pues una información prestada en tales condiciones habría supuesto una clara infracción de los derechos del paciente, al presuponer la realización de la información sin atender a las exigibles condiciones de estabilidad y seriedad en la prestación del consentimiento, al haberse informado de forma claramente contraria a los principios básicos sobre la cuestión que se recogen, fundamentalmente, en los artículos 4.2 y 10 de la referida Ley».

Por último, la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, en su artículo 43. 1 dispone que: *«La información previa al consentimiento informado, que debe ser comprensible y suficiente, se ofrecerá al paciente, salvo en supuestos de urgencia, con la debida antelación y preferentemente no en la misma sala en donde se deba practicar la actuación asistencial, a fin de que el paciente pueda reflexionar y, en su caso, solicitar cuantas aclaraciones considere necesarias para adoptar una decisión».*

⁵²⁰ [núm. 386/2002] –ponente GUERRERO ZAPLANA-.

En virtud de lo anterior, podemos precisar que nos encontramos ante distintas regulaciones, de forma tal que se pierde la uniformidad que debería presidir una cuestión de semejante índole e importancia en el ámbito sanitario.

CAPÍTULO QUINTO

LA RESPONSABILIDAD DEL TRABAJO EN EQUIPO

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El ejercicio de la medicina moderna ha exigido una constante evolución en la ejecución de la actividad sanitaria, de modo que en la actualidad resulta excepcional que aquella sea realizada por un solo profesional. De ahí que el diagnóstico, pronóstico y tratamiento del paciente sea competencia de una pluralidad de profesionales, quienes además se encontrarán coadyuvados por auxiliares sanitarios, como sería el caso de enfermeras/os, ayudantes, matronas, entre otros⁵²¹.

Este fenómeno comporta como causa mediata una creciente especialización que obliga a que para un mismo tratamiento médico se requiera de la intervención de diversos profesionales, expertos en áreas muy concretas, e impone la necesidad una creciente colaboración entre diversos especialistas de las ciencias de la salud, lo que implica un necesario reparto de competencias, es decir, una delimitación, diferenciación y coordinación de los deberes y competencias de todos y cada uno de los miembros que intervienen en el equipo. Además, implica la necesidad, tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario, de delimitar las respectivas responsabilidades, (normalmente cometidas por imprudencia), en que pueden incurrir los diversos miembros que integran el equipo médico-quirúrgico.

⁵²¹Así, VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea: «Alcances del principio de confianza en la actividad médica», en *Revista Ratio Juris*, Vol. 9, núm. 19, 2014, p. 56.

En este sentido y desde el campo del Derecho Penal se han elaborado diversas teorías que tienen como finalidad delimitar la responsabilidad que ostentan los intervinientes. Responsabilidad que desde el punto de vista penal es personal y, normalmente, propia e individual, debido a que como norma general, se niega la responsabilidad de cada uno por la incorrecta actuación de otro.

Los principios o criterios básicos establecidos que rigen el trabajo en equipo son dos: de una parte, el principio de división de trabajo, en el que cada profesional deberá desempeñar la tarea que le corresponda tras la aplicación de una distribución de funciones, que en unos casos, será horizontal y, en otros supuestos, será vertical y, de otra, el principio de confianza, por el que el profesional confía en el buen hacer de otros profesionales que tienen encomendadas parte de las funciones o tareas que en su conjunto conforman el acto médico-quirúrgico.

II. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DEL TRABAJO EN EQUIPO

Como se ha anunciado, los impresionantes avances⁵²² y el ejercicio de la ciencia médica en los últimos tiempos, así como los diversos descubrimientos acaecidos en esta materia, han comportado tanto una constante evolución en la ejecución de la actividad sanitaria como generado una especialización de los profesionales de la salud. De ahí que en dichas áreas el trabajo en equipo resulte necesario e imprescindible, con la pretensión de cumplir la finalidad de la ciencia médica en las áreas de diagnóstico, prevención, curación y tratamiento de las enfermedades⁵²³.

Por tanto, en la actualidad, y circunscrito al ámbito de estudio la regla general en materia médica queda circunscrita a la realización de tareas de contenido médico-quirúrgico entre varias personas, debido a que se trata de

⁵²² *Vid.*, sobre el progreso científico-técnico de la ciencia médica, las aportaciones de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2007, 2.ª ed., p. 51 y, JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2ª ed. (corregida), traducida de la 2.ª ed., alemana CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 175.

⁵²³ *Vid.*, BERNATE OCHOA, Francisco: «Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza», en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, Vol. 11, núm. 21, 2008, p. 65.

una ciencia en la que confluyen distintas especialidades⁵²⁴, tan solo cabría excepcionar el caso en el que todo el acto médico fuera realizado por un único profesional⁵²⁵.

Con esta evolución de la medicina se pasa de un ejercicio individual en el arte de curar a un ejercicio de carácter colectivo, siendo una de las causas de este fenómeno la creciente especialización que necesariamente obliga a que para una misma cura o tratamiento médico se requiera de la actuación de diversos profesionales, expertos en áreas muy concretas.

En concreto la evolución de la especialidad médica de la Anestesiología y Reanimación comienza con la simple ayudantía del cirujano hasta la autonomía científica, técnica y profesional de la propia especialidad. No obstante, este especialista que se integra en un equipo médico, tiene como finalidad propia inducir la anestesia, mantener las funciones vitales del paciente inconsciente, asegurar su reanimación y el alivio del dolor y está especialmente unida a la cirugía.

De modo que en materia de cirugía, por ejemplo, ya no es suficiente con el médico cirujano, sino que se requiere además del concurso y presencia efectiva de otros profesionales de la salud, como serían, entre otros, el anestesiólogo, el profesional de enfermería [...].

En este sentido, YEPES RESTREPO precisa que: «*La actuación individual del médico es frecuente en algunos tratamientos, pero lo más corriente en lo que al acto médico respecta, es la intervención de un grupo de sujetos que se denomina equipo médico*»⁵²⁶.

Ahora debemos delimitar que se entiende por equipo médico, conviene precisar que la doctrina⁵²⁷ lo ha configurado como el conjunto de

⁵²⁴ Vid., REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, DC, 1996, 2.ª ed., p. 151 y, YEPES RESTREPO, Sergio: *La responsabilidad civil médica*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999, p. 65

⁵²⁵ Vid., BERNATE OCHOA, *op. cit.*, p. 65; VALLEJO JIMÉNEZ, «Alcances del principio...», *op. cit.*, p. 56; YEPES ALVARADO, *op. cit.*, pp. 149 y 151.

⁵²⁶ *Op. cit.*, p. 65.

⁵²⁷ En este sentido, LLAMAS POMBO sostiene que «*el equipo médico hace referencia al conjunto de especialistas que intervienen en una fase determinada de la curación del paciente y, cuyo ejemplo más claro es la de la intervención quirúrgica*» (*op. cit.*, p. 98).

profesionales de la salud que intervienen en el acto médico-quirúrgico, para desarrollar adecuadamente la actividad sanitaria.

Por su parte, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ entiende que «*el equipo puede estar (con)formado, por un lado, por médicos de diferentes especialidades, como anestelistas y radiólogos, que complementan sus funciones entre sí para atender a un único paciente; pero por otro lado, el médico puede ser ayudado en su tarea por auxiliares, como sucede, por ejemplo, con la relación médico y enfermera*»⁵²⁸. Y, enumera el elenco de elementos que caracterizan el trabajo en equipo en los siguientes: «1. *La intervención de varios profesionales de la sanidad, con la misma o diferente titulación. 2. La intervención sobre un mismo paciente. 3. La coordinación de sus actividades*»⁵²⁹.

Dicha definición encuentra su apoyo legal en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, que define el “equipo médico” o “de profesionales” en el párrafo segundo de su artículo 9, como «*la unidad básica en la que se estructuran de forma uni o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y demás personal de las organizaciones asistenciales para realizar efectiva y eficientemente los servicios que les son requeridos*».

Cabe destacar lo que son dos los roles que se pueden diferenciar dentro de los miembros que lo integran. De una parte, aquéllos que desarrollan un rol trascendente e independiente, como sería el caso, del cirujano y del anestesista, cuyo papel es necesario para el desarrollo del acto médico y no depende de ningún otro profesional; de otra, aquellos otros que asumen un rol secundario y dependiente, como sería el supuesto de las enfermeras, los auxiliares y el instrumentador anestésico, los cuales no son imprescindibles y se encuentran subordinados a los demás profesionales,

Sobre el Equipo Médico, *vid.*, las aportaciones de: BERNATE OCHOA, *op. cit.*, pp. 65 y ss.; YEPES RESTREPO, *op. cit.*, p. 65; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto: *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 65 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, p. 349 y, CHOCLÁN MONTALVO, Antonio: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 247 y ss.

⁵²⁸ *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012, p. 378.

⁵²⁹ *Responsabilidad penal en el ejercicio...*, *op. cit.*, 2008, p. 471.

generándose entre ellos unas relaciones de carácter horizontal o vertical en función del grado de competencia, conocimientos y titulación a que hace referencia el apartado tercero⁵³⁰ del artículo 9 de la mencionada Ley 44/2003.

En suma, hay que poner de manifiesto que en el equipo médico se admite el establecimiento de relaciones de trabajo -en las que a cada uno de sus miembros le será asignada una tarea de carácter específico- y el desempeño de las funciones realizadas en el interior de un determinado procedimiento podrán ser desarrolladas -como se analizará en epígrafes posteriores- a través de dos clases de relación: la horizontal y la vertical.

Como se ha anunciado, este fenómeno de la medicina en equipo exige tanto en el ámbito jurídico como en el sanitario, la necesidad de delimitar las respectivas responsabilidades -como norma general derivadas de actuaciones imprudentes⁵³¹- de los distintos miembros que conforman el equipo. De ahí que la dificultad esencial radique, innegablemente, en determinar sobre cuál de los integrantes del equipo médico debe recaer la infracción del deber objetivo de cuidado, para el supuesto de que se origine un resultado lesivo para la vida o salud del paciente⁵³².

En este sentido, y sin ánimo de hacer sino más que un breve apunte, ALMELA VICH -acertadamente- sostiene en relación a la determinación de la responsabilidad entre el anestesista y el cirujano que *«la determinación de responsabilidades entre estos dos facultativos se realiza en base a los principios de confianza y de horizontalidad en la división de trabajo»*. Y añade que *«la aplicación del principio de división de trabajo horizontal implica que cada uno, a un mismo nivel de formación como especialistas,*

⁵³⁰ «-3. Cuando una actuación sanitaria se realice por un equipo de profesionales, se articulará de forma jerarquizada o colegiada, en su caso, atendiendo a los criterios de conocimientos y competencia, y en su caso al de titulación, de los profesionales que integran el equipo, en función de la actividad concreta a desarrollar, de la confianza y conocimiento recíproco de las capacidades de sus miembros, y de los principios de accesibilidad y continuidad asistencial de las personas atendidas».

⁵³¹ A este respecto, *vid.*, BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*, Ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 20 y ss.

⁵³² En este sentido, HAVA GARCÍA, Esther (en *La imprudencia médica*, Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 76) sostiene *«la necesidad de establecer un grado jerárquico que impere en la actuación conjunta conforme a la división horizontal y vertical del trabajo»*.

complementándose en el trabajo, desarrolle sus propias funciones de las que son responsables, completándose este principio con el de confianza, por el que el cirujano cree que la actuación del anestesista va a ser diligente, no respondiendo él mismo cuando tal dedicación y profesionalidad fallan, a no ser que de algún modo participe de tal defecto o que, siendo sabedor de tales fallos los admita, en cuyo caso, responderá pero no por la negligencia del anestesista sino por la suya propia, al participar en aquella negligencia o consentirla»⁵³³.

Retomando nuevamente la complejidad, variedad y especialización de las fases por las que atraviesa el tratamiento médico, conviene matizar que hacen aconsejable, tanto por razones operativas como de garantía para el paciente, un reparto de funciones entre los distintos facultativos y colaboradores que participan en una misma actividad terapéutica⁵³⁴.

Esquema al que innegablemente responde el modelo de relaciones entre el cirujano y el anestesista, que con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y distribuyen el trabajo en la intervención quirúrgica. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia menor. En particular, la *Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.ª, de 12 de mayo de 2000*⁵³⁵, afirma que:

«El estado actual de la medicina exige estructurar el trabajo en un equipo en el que cada profesional asume específicas funciones. Se produce en el quirófano un reparto horizontal de tareas, de manera que cirujano y anestesista se distribuyen éstas sin que exista entre los mismos una relación de dependencia jerárquica [...]».

SILVA SÁNCHEZ, precisa que *«los términos actuales que caracterizan la relación entre anestesista y médico-cirujano son los de trabajo en equipo con división de trabajo horizontal, responsabilidad autónoma y confianza, lo*

⁵³³ «La responsabilidad penal del médico y del cirujano», en *RPJ*, núm. 48, 1997, p. 244. *Vid.*, en la misma línea, destacando la incidencia del principio de confianza en los supuestos de división horizontal del trabajo en la esfera sanitaria, las aportaciones de HAVA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

⁵³⁴ *Vid.*, en este sentido, URRUELA MORA, Asier y ROMEO MALANDA, Sergio: «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011, p. 52.

⁵³⁵ [Vlex 12330/1998].

que significa que el anestesista es autónomo en el cumplimiento de las obligaciones que le competen antes, durante y después de la operación quirúrgica, mientras que el cirujano es competente para la decisión sobre el sí, el cómo y el cuándo de la operación»⁵³⁶.

En definitiva, con el principio de división de trabajo en equipo se permite al médico dedicarse con la concentración necesaria, a los cometidos específicos para los cuales se encuentra cualificado y se garantiza con una distribución de tareas entre cada uno de los miembros del equipo médico, la eficaz protección y la adecuada asistencia médica al paciente⁵³⁷.

Asimismo, y de conformidad con este principio, VALLEJO JIMÉNEZ – acertadamente- precisa que «*cada miembro del equipo sanitario deberá realizar su actividad en la parte que le corresponda, tras la aplicación de un plan de división de funciones que, en unos casos, será de forma horizontal y en otros, de forma vertical*»⁵³⁸. Con ello se responde a la nueva realidad, donde cada miembro del equipo médico está preparado para el cumplimiento de una función de carácter específico. Función que requiere de conocimientos especiales sobre los que en muchas ocasiones el resto de miembros no están suficientemente capacitados, incluido el cirujano jefe.

Por consiguiente, la doctrina⁵³⁹ ha planteado una serie de cuestiones, con la finalidad de que la aplicación de este principio basado en la división de trabajo en equipo llegue a buen fin. Así, de una parte, entiende conveniente analizar en cada caso concreto cuáles son las funciones que desempeña cada uno de los integrantes y, de otra, establecer cuáles son los deberes de cuidado de cada uno de los miembros del equipo.

Todo ello, con la pretensión de proteger en todo momento al paciente, de conformidad con lo previsto por el principio de división del trabajo resulta inevitable añadir la necesidad de tener presente la clase y urgencia

⁵³⁶«Aspectos de la responsabilidad..., *op. cit.*, p. 57.

⁵³⁷*Vid.*, en esta línea, JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 115 y ss.

⁵³⁸ «Alcances del principio..., *op. cit.*, p. 56.

⁵³⁹*Vid.*, en este sentido, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto: «Responsabilidad civil por pluri-participación médica o en ejercicio de la medicina en grupo», en *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 38, 1998, p. 217.

de la intervención quirúrgica, la modalidad de la división de trabajo, el estado de formación y la fiabilidad de los colegas y colaboradores⁵⁴⁰.

Punto en el que conviene puntualizar que, aunque el principio de división de trabajo en equipo se incorpora a la moderna actividad médica por sus reconocidas ventajas, lo cierto es que también revela una fuente de peligros. En este sentido, se ha pronunciado la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 29 de enero de 1998*⁵⁴¹, al establecer que:

«Presenta múltiples ventajas, tales como una distribución razonable del trabajo y concentración de cada miembro del equipo en sus tareas específicas». No obstante, añade que *«es asimismo una clara fuente de peligros ya sea por falta de cualificación de alguno de sus miembros, por fallos de comunicación entre ellos o por deficiencias en la coordinación del propio equipo médico de las que se pueden derivar resultados típicos debiendo determinar a qué miembro/s se ha de imputar personalmente la responsabilidad de la lesión lo que se hará conforme a las funciones y competencias que tienen cada miembro del equipo».*

También, un sector doctrinal⁵⁴² pone de manifiesto que pese a las grandes ventajas que ofrece el trabajo en equipo, debido a que se muestra como el mejor medio para garantizar una adecuada asistencia al paciente⁵⁴³, lo cierto es que al mismo tiempo constituye una fuente de problemas en relación a establecer las competencias y responsabilidades que ostentan cada uno de sus intervinientes.

Así, entre otros autores CARSTESSEN, identifica y resume los peligros propios que genera la división de trabajo, en los siguientes: «a) *Peligros derivados de la deficiente cualificación técnica de algunos intervinientes o colaboradores: el jefe de equipo ha de tomar, para conjurarlos, medidas de*

⁵⁴⁰ Así, WILHELM, Dorothee: *Verantwortung und vertrauen bei arbeitsteilung in der medizin*, Deutschhund, 1984, p. 127.

⁵⁴¹ [ARP 1998/428].

⁵⁴² *Vid.*, MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María: *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, 1.ª ed., p. 193.

⁵⁴³ En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, Pilar (en *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 2004, 2.ª ed., p. 346), añade que *«sería absurdo pretender que un médico pueda hacerlo y saberlo todo a la vista del estado de conocimiento de la ciencia médica».*

vigilancia, introducción y control; b) Peligros derivados de una deficiente comunicación entre los intervinientes y entre el jefe de equipo y sus colaboradores. Para prevenirlos conviene extremar la diligencia en la llevanza del libro de visitas, el historial y la hoja del enfermo, y la constancia escrita de las instrucciones dadas por el jefe del equipo a sus colaboradores auxiliares; c) Peligros derivados de una coordinación defectuosa; d) Peligros derivados de fallos de organización y, e) Peligros derivados de una deficiente valoración de la capacitación o conocimiento de los intervinientes en la actividad sanitaria concreta»⁵⁴⁴.

Respecto de las modalidades que tradicionalmente se distinguen dentro del principio de la división de trabajo en equipo⁵⁴⁵, diferenciadas por el tipo de relación que guardan entre sí los miembros del equipo, éstas son:

De una parte, la división de trabajo horizontal, configurada como aquella que tiene lugar entre profesionales que por su capacitación, competencia e independencia se encuentran en situaciones de igualdad, es decir, entre profesionales que se encuentran en relación de igualdad, realizando cada cual funciones entre sí complementarias, siendo el caso más habitual, típico y paradigmático la relación entre el cirujano y el anestesista que se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica.

⁵⁴⁴*Kompendium der prä -udn postoperativen Therapie*, Ed. Georg Thieme Verlag, Stuttgart, 1966, p. 221. *Vid.*, también en esta materia las aportaciones de FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: «Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios Jurisprudenciales», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 3, Valladolid, 2004, p. 205; SISO MARTÍN, Juan: *Seguridad jurídica en la práctica clínica*, Madrid, 2007, p. 24 y, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁴⁵*Vid.*, en este sentido, se pronuncian entre otros MORENO MADRID, Francisco: «La responsabilidad penal del médico», en *Bol. SPAO*, 6 (1), 2012, p. 36; SISO MARTÍN, *op. cit.*, p. 24; SÁNCHEZ CARO, Javier y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando: *Imprudencia y negligencia en la profesión médica*, Ed., Comares, Granada, 2001, p. 29; FERNÁNDEZ ENTRALGO, *op. cit.*, p. 206; DE LORENZO y LÓPEZ TIMONEDA, *op. cit.*, p. 63; VÁZQUEZ FERREYRA, «Responsabilidad civil por pluri-participación...», *op. cit.*, pp. 217 y 218; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 2003, pp. 149 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, 2003, p. 395; HAVA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 76 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 27 y ss.; CHOCLÁN MONTALVO, *op. cit.*, p. 106; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 116; WILHELM, Dorothee: «Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht», in *Medizin Recht*, 2, 1983, p. 46.

De otra, la división de trabajo vertical, entendida como aquella otra que, referida a una situación donde está presente una relación de jerarquía, se establece una relación de supra y subordinación, es decir, aquella que tiene lugar entre profesionales ligados por una relación de jerarquía, como sería el caso que se da entre cirujano jefe y los cirujanos asistentes o, entre el jefe y los enfermeros.

En definitiva, las modalidades establecidas en el principio de división de trabajo en equipo son claramente diferenciables. Así mientras que en la división horizontal se producen relaciones entre iguales-basadas en la independencia, en la complementariedad y en la igualdad-, organizadas en base a criterios de competencia, de ahí que no exista una relación de dependencia jerárquica entre sus integrantes, sino que cada profesional asume sus funciones específicas (por ejemplo, la relación entre anestesista y cirujano), por el contrario, en la división vertical, la relación es de carácter subordinado, de ahí que se organice en base a criterios jerárquicos (por ejemplo, la relación entre ginecólogo y matrona).

1. LA DIVISIÓN HORIZONTAL

La división de trabajo horizontal es definida por la doctrina mayoritaria⁵⁴⁶ como aquella forma de relación independiente y autónoma producida entre los miembros del equipo sanitario que se encuentran en el mismo plano de "igualdad", de forma tal que esta división de trabajo se organiza sobre la base de criterios de competencia. De ahí que RODRÍGUEZ

⁵⁴⁶ *Vid.*, DE LORENZO y LÓPEZ TIMONEDA, *op. cit.*, p. 63; VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea (en «El principio de la división de trabajo en equipo en la actividad sanitaria: La división de trabajo horizontal y vertical», en *Revista Holística Jurídica, Universidad de San Buenaventura Sección Medellín*, núm. 11, 2012, pp. 39 a 41) advierte que la división de trabajo horizontal en el equipo sanitario opera como una relación que se da entre iguales, es decir, entre profesionales facultativos y no facultativos, con una formación académica similar, quienes desarrollan una actividad autónoma e independiente pero coordinada, atendiendo a las funciones asignadas en el organigrama competencial de la entidad hospitalaria a la que pertenezcan los mismos. También, GÓMEZ PAVÓN sostiene que «la división de trabajo horizontal se trata de profesionales de igual categoría y de distintas especialidades, donde cada uno de ellos se ocupará de la parcela correspondiente a su capacitación profesional» (*op. cit.*, p. 378.) y, JORGE BARREIRO precisa que «la división de trabajo horizontal es la que se da entre colegas que, por su estado de formación, competencia e independencia, se encuentran en situación de igualdad» (*La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 116).

VÁZQUEZ precise que «*cada sujeto por sí mismo decida su propia acción, conducta u órdenes de terceros intervinientes*»⁵⁴⁷.

Por tanto, creemos justificada la afirmación que sostiene que la división horizontal de trabajo se caracteriza por la relación de igualdad existente entre sus integrantes, si bien cada uno de ellos cubre un ámbito competencial propio o autónomo, aunque en el hecho de su conjunto intervienen otros profesionales. De donde se deduce que cada interviniente ostenta la facultad de decidir su intervención en el contexto global⁵⁴⁸.

En este sentido, conviene precisar que aunque el caso más habitual y típico es la relación entre el cirujano y el anestesista⁵⁴⁹, que se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica⁵⁵⁰, conforme al hecho del elevado número de juicios solventados por nuestros Tribunales y derivados de la «mala praxis» en los que se ha originado un daño provocado por la administración de la anestesia, lo cierto es que no se descarta que los principios que caracterizan esta modalidad puedan ser de aplicación a la relación existente entre el cirujano jefe y otros profesionales de la medicina que puedan formar parte del equipo quirúrgico, como sería el caso de radiólogos, cardiólogos [...].

⁵⁴⁷ «La responsabilidad penal en el equipo médico. División del trabajo sanitario y principio de confianza», en: ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄKELÄINEN(dirs.), *Avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 312.

⁵⁴⁸ Así, DE VICENTE REMESAL, Javier y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: «El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo», en *Vniversitas Vitae, Homenaje a Ruperto NÚÑEZ BARBERO*, Fernando, PÉREZ ÁLVAREZ (coord.), Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, p. 170.

⁵⁴⁹ La relación entre el cirujano y el anestesista, se trata de una relación entre profesionales que poseen una misma formación y, como norma general, con idéntico grado académico, ya que ambos son licenciados en medicina, pero con sus respectivas especializaciones. Asimismo, se parte de la premisa de que, aunque uno o ambos ostenten el grado de doctor, ello no sería determinante por sí mismo para un cambio en el nivel de relación entre ellos.

⁵⁵⁰ *Vid.*, en este sentido, entre otros: JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 117; ID.: «Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XIV, 1989-90; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (extra I), 2000, pp. 112 y ss.; GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, 2008, p. 395; HAVA GARCÍA, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

Como se ha puesto de manifiesto ut supra en la operación quirúrgica es necesaria la intervención mínima de dos facultativos –cirujano y anestesista-, en la que ambos son médicos con formaciones académicas similares de especialidades definidas y diferentes y, con una ejecución independiente de sus funciones entre sí. Al tratarse de un reparto de funciones “entre iguales” el espectro de sus respectivos deberes será distinto, lo que se justifica en los poderes decisorios de los que goza cada uno de estos especialistas.

Partiendo de la premisa de que la división horizontal de tareas no plantea dificultad alguna a la hora de excluir, como regla general, la responsabilidad que ostenta cada uno de los facultativos por la actuación incorrecta del otro, al encontrarse sus respectivas actuaciones enmarcadas como compartimentos independientes y ajenos a cualquier imbricación de competencias, de conformidad con lo antes descrito, podría afirmarse la factible delimitación de las responsabilidades que ostenta cada uno, debido a que el trabajo desempeñado por estos facultativos es individualizable⁵⁵¹.

VÁZQUEZ FERREYRA como regla general sostiene que «*en casos de concurrencia de profesionales con autonomía científica y técnica, las responsabilidades son independientes, aunque el jefe de equipo –como norma el cirujano- pueda ser alcanzado en supuestos en que éste pudo o debió vigilar los actos de sus colaboradores*»⁵⁵².

En este sentido, en la ya mencionada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993*⁵⁵³, se condenó al anestesista y se exoneró de responsabilidad al cirujano, por los daños originados en una intervención al paciente. El alto Tribunal arguyó que:

«*El especialista –anestesista- incurrió en la falta de vigilancia y el no empleo de los medios adecuados*».

⁵⁵¹ Vid., GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Aspectos médicos y jurídicos del dolor: La enfermedad terminal y la eutanasia*, Unión Editorial, S.A., Madrid, 2008, p. 71.

⁵⁵² «Responsabilidad civil por pluri-participación...», *op. cit.*, p. 220 y, *vid.*, también, URRUTIA, Deborah Myriam y CÉSAR AMÍLCAR, Gustavo Ariel: *Actualización de jurisprudencia sobre responsabilidad civil de los médicos*, LL, ejemplar del 22/7/91.

⁵⁵³ [R] 1993\2545] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-.

En idéntico sentido, el TS absolvió en casación a un cirujano previamente condenado por la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 1.ª, de 30 de marzo de 1990*, en la que se condenó por igual al cirujano y al anestesista. En el caso concreto, el TS, por el contrario, aceptó el recurso de casación para el cirujano, pero no así para el anestesista, para el que se ratificó la condena prevista por la Audiencia Provincial⁵⁵⁴.

Algunos autores han sostenido que éste último se encuentra en una posición dominante frente al anterior. Así, TRIGO REPRESAS y STIGLITZ, entienden que «[...] *una consideración especial merece la situación del anestesista, a quien se le reconoce –en ocasiones– que ocupa una posición dominante sobre la del cirujano, muy especialmente, quizá, porque tiene a su cargo al enfermo por más tiempo que aquél, pues antes de la operación lo asiste hasta que despierta*»⁵⁵⁵. También MOSSET ITURRASPE y LERENZETTI siguen la misma argumentación y afirman que ello es posible al ser «*el anestesista el primero en ingresar al quirófano y el último en retirarse*»⁵⁵⁶.

Por su parte, LLAMAS POMBO precisa que «*si son frecuentes los procedimientos relativos a la responsabilidad civil de los anesthesiólogos-reanimadores no es porque estos especialistas cometan mayor número de errores, como es lógico, sino porque las consecuencias de éstos –por la propia entidad de la especialidad– suelen ser más graves; además, se plantea en su caso el problema de reparto de responsabilidad*⁵⁵⁷ y de la designación

⁵⁵⁴ En relación a la condena de estos facultativos por la falta de vigilancia debida, también se ha pronunciado la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de septiembre de 1991 [TOL 454.561], al establecer que: «*La muerte se ocasionó por haber fallado al paciente la vigilancia del anestesista en el momento en que se produjo la crisis respiratoria y por no haberse detectado oportunamente esa crisis por el cirujano, al estar desconectado el monitor*».

⁵⁵⁵ *El seguro contra la responsabilidad civil profesional de médico*, Ed. Astrea, Madrid, 1983, p. 154.

⁵⁵⁶ Asimismo, afirman que la doctrina jurídica y la ciencia médica coinciden en considerar al anestesista como un médico autónomo, con obligaciones y consecuentes responsabilidades propias (*op. cit.*, p. 187).

⁵⁵⁷ Respecto a la fijación de cuotas de responsabilidad para los integrantes del equipo médico, en atención a la responsabilidad por negligencia en la que cada uno de ellos contribuye a la causación del daño, *vid.*, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2003 –ponente CORBAL FERNÁNDEZ–, considerada como la primera sentencia en la que se fijan las mencionadas cuotas.

del sujeto responsable, dado que intervienen casi siempre junto a otros facultativos»⁵⁵⁸.

De lo anterior se deduce que, en la actualidad, el médico-anestésista ocupa dentro del equipo médico una situación especial, derivada de la particular autonomía de que goza su actividad, no pudiéndose hablar de una relación de subordinación “a la ligera” entre cirujano y anestésista, debido a que entre ambos existe una clara y delimitada división de trabajo.

Esta división de trabajo se circunscribe a que el cirujano es el encargado de la operación quirúrgica, mientras que el anestésista tiene la responsabilidad del método de anestesia, elección del procedimiento a utilizar, previo examen anestesiológico, pre-tratamiento, examen posterior y pos-tratamiento, así como el mantenimiento y restablecimiento de las funciones vitales⁵⁵⁹.

En virtud de lo anterior, está justificada la afirmación que sostiene que el anestésista solo está sujeto a las instrucciones del cirujano en cuanto a la duración de la intervención o la zona a anestésiar⁵⁶⁰.

No obstante, en el reparto o división del trabajo se pueden originar diferencias de criterios entre el cirujano y el anestésista, siendo la regla general, que el primero tome la decisión final a adoptar tras haber

⁵⁵⁸ *Op. cit.*, p. 331. Además, matiza que el problema de la designación del sujeto responsable se plantea solo a partir de la moderna concepción de la anestesiología y reanimación como auténtica especialidad médica, relativamente reciente, ya que con anterioridad a la misma la anestesia era practicada por auxiliares del médico cirujano, al servicio de éste, con lo que era de aplicación la doctrina de la responsabilidad del médico por hechos de tales auxiliares. Y, matiza que en Francia se reconoce la anestesiología como especialidad en 1945 (*op. cit.*, Nt. 1.209, p. 331).

⁵⁵⁹ En este sentido, *vid.*, WEISSAUER: *La anestesia y la ley, tratado de anestesiología, reanimación y tratamiento intensivo*, Salvat, Barcelona, 1976, p. 1054. Asimismo, VÁZQUEZ FERREYRA precisa que «*el cirujano se ocupa de la operación propiamente dicha, mientras que el anestésista debe elegir el procedimiento para insensibilizar al paciente lo que hará previa revisión del mismo y de sus antecedentes de salud, asimismo, debe ocuparse a posteriori de la total recuperación de los sentidos*» («Responsabilidad civil por pluri-participación...», *op. cit.*, p. 220).

⁵⁶⁰ Así, FERNÁNDEZ HIERRO añade que «*la forma de administrar la anestesia, a la vista de la situación clínica del enfermo y en la intervención a realizar, deberá ser dictaminada por el anestésista; mientras que la preparación general del enfermo para la operación corresponderá al cirujano*» (*Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 173).

escuchado al segundo. Supuesto en el que indudablemente podrá quedar comprometida la responsabilidad del cirujano.

Por lo tanto, esta situación de igualdad no comporta una similitud de funciones, sino que éstas se encontrarán delimitadas y diferenciadas a través de competencias de carácter autónomo que serán ejecutadas de forma individual por cada uno de los intervinientes, con independencia de que sus actuaciones vayan dirigidas a idéntica finalidad, es decir, al tratamiento del paciente.

De modo que entre estos profesionales como RODRÍGUEZ VÁZQUEZ⁵⁶¹ argumenta –acertadamente- ni existirá una relación de supra-subordinación ni de jerarquía, sino que el campo competencial de uno será independiente del campo de actuación del otro.

También LLAMAS POMBO afirma que «*en la actualidad, no puede hablarse de subordinación entre el cirujano y el anestesista, al menos de modo general, sino que ambos son especialistas cuyas actividades confluyen en el acto médico-quirúrgico, en plano de igualdad [...]»*⁵⁶².

Asimismo, JORGE BARREIRO precisa que «*en la división horizontal el punto de partida será el de la responsabilidad propia e individual de cada especialista: el anestesista deberá responder del cuidado pre-operatorio del paciente, de la vigilancia y control de las funciones vitales del operado durante y después de la intervención quirúrgica y, por su parte, el cirujano tendrá plena facultad para decidir sobre el cómo, dónde y cuándo realiza la intervención quirúrgica»*⁵⁶³.

En el caso ventilado por la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 16 de octubre de 1992*⁵⁶⁴, se solventaba un caso de responsabilidad propia del anestesista, en una operación de hernia inguinal izquierda en la que éste no controló la anestesia impuesta; sus entradas y salidas del quirófano determinaron un descontrol del enfermo; y en la fase de

⁵⁶¹ «La responsabilidad penal..., *op. cit.*, p. 314.

⁵⁶² *Op. cit.*, p. 331.

⁵⁶³ *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁶⁴ [R. 8.329] –ponente GRANADOS PÉREZ-.

reanimación, una vez concluida la operación, cuando se produce un paro cardiorrespiratorio en el paciente no se encontraba presente el anestesista, siendo atendido el enfermo por la instrumentista.

En síntesis, en el supuesto expuesto la conducta imprudente del anestesista se manifiesta en las distintas fases de la actividad médico-quirúrgica (pre-operatorio, intra-operatorio y post-operatorio), incumpliendo los deberes de diligencia que le incumbían.

En definitiva, en la división horizontal de trabajo en equipo, aunque las tareas son desempeñadas por profesionales que por su grado de formación, competencia, independencia y autonomía actúan en situación de igualdad, lo cierto es que estas tareas requieren de una coordinación entre sí, con la finalidad de cumplir la pretensión común, es decir, salvaguardar la vida y salud del paciente.

2. LA DIVISIÓN VERTICAL

Las relaciones de división vertical de trabajo, a diferencia de las horizontales, han sido configuradas por la doctrina mayoritaria⁵⁶⁵ como aquéllas que engloban los supuestos en los que el sentido de la red de interrelaciones que se genera entre los diversos intervinientes suponen una relación jerárquica de supra y subordinación para la organización del trabajo médico-sanitario, es decir, la que tiene lugar entre el cirujano jefe, los médicos ayudantes y el personal de enfermería e, incluso entre médicos de distinta categoría como sería el caso del Mir y el especialista⁵⁶⁶.

En estos supuestos, aun estando presente esa relación de supra y subordinación, en donde resulta más sencillo responsabilizar al jefe de equipo por la culpa del subordinado, lo cierto es que se puede originar la

⁵⁶⁵ *Vid.*, en este sentido, entre otros, las aportaciones de: GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, p. 90; ROMEO CASABONA, Carlos: *El medico ante el Derecho, Ministerio de Sanidad y Consumo*, Madrid, 1985, p. 75; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 147; HAVA GARCÍA, *op. cit.*, p. 79; VILLACAMPA ESTIARTE, *op. cit.*, p. 400; VÁZQUEZ FERREIRA, «Responsabilidad civil por pluri-participación...», *op. cit.*, p. 218 y GÓMEZ PAVÓN, precisa que «la división vertical de trabajo, supone relaciones de subordinación entre facultativos de diferente cualificación» (*op. cit.*, p. 379).

⁵⁶⁶ Respecto a la relación entre Mir y especialista, *vid.*, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, pp. 147 y ss. y, GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, pp. 345 y ss.

situación contraria, es decir, cuando la división de funciones surge con toda nitidez, como sería el caso, por ejemplo, cuando la tarea a realizar por el subordinado se encuentre sumamente especificada y haya escapado del control del médico jefe⁵⁶⁷.

Respecto de la responsabilidad por división vertical del trabajo, conviene precisar que se hace referencia a aquella en que pueda incurrir el superior por la incorrecta actuación de su subordinado. Sin embargo -al igual que ocurría en la división horizontal de funciones- resulta fundamental determinar cuáles son las competencias específicas del personal subordinado.

Téngase presente que en el régimen de responsabilidad del anestésista la determinación de dicha red de relaciones resulta fundamental, debido a que además de entrar en relación con el cirujano, también tiene que articular su actividad con una serie de profesionales cuya función es claramente preparatoria y, por tanto, subordinada respecto a la de cada uno de aquéllos. En este sentido, conviene recordar que el equipo médico-quirúrgico se encuentra integrado por una serie de profesionales de enfermería que tienen encomendadas diferentes tareas.

En concreto, tres son las clases de profesionales de enfermería⁵⁶⁸ que se pueden distinguir:

- a) Los enfermeros/as circulantes, configurados como aquellos que son los encargados de supervisar las condiciones del quirófano, en especial su higiene, así como de preparar el material quirúrgico. Dentro de sus funciones también se encuentran las de recepción del paciente, supervisando que llegue al quirófano en las condiciones higiénicas necesarias y, además, desempeñan funciones auxiliares respecto al enfermero instrumentista, ayudándole a vestirse y a ponerse los guantes, así como a

⁵⁶⁷ *Vid.*, VÁZQUEZ FERREIRA, «Responsabilidad civil por pluri-participación...», *op. cit.*, p. 218.

⁵⁶⁸ GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, p. 92. Para una mayor argumentación respecto de las funciones que desempeñan estos profesionales de la enfermería, *vid.*, CHOCARRO GONZÁLEZ, Carmen Lourdes: *Procedimientos y cuidados en enfermería médico-quirúrgica*, Elsevier, Madrid, 2006, pp. 15 a 17.

entregarle cualquier material que necesite. Finalmente, tras la intervención deberán controlar todo lo relativo al traslado del paciente y, a la recogida del material instrumental utilizado, preparando nuevamente y reponiendo el material;

- b) Los enfermeros/as instrumentistas, es decir, los que están preparados para colaborar en todos los pasos quirúrgicos. Dentro de sus funciones se encuentran las de entrega del material solicitado por el cirujano y/o ayudantes; la conservación de las mesas limpias y ordenadas, así como el control y recuento riguroso de las gasas o compresas que se utilicen y,
- c) Los enfermeros/as de anestesia, es decir, los encargados de preparar, supervisar y reponer todo el material necesario, así como realizar el registro de las constantes vitales del paciente y administrar la medicación que le indique el anestesista. Además, sus funciones se extienden a colaborar en las maniobras anestésicas intra-operatorias que se les soliciten, así como al despertar del paciente.

En términos generales, los profesionales de enfermería son los encargados de vigilar la conservación y el buen estado del material sanitario, instrumental y, en general, cuantos aparatos clínicos se utilicen en la Institución, manteniéndolos limpios, ordenados y en condiciones de perfecta utilización.

De forma que en la acotación de las respectivas competencias obra especial importancia la delimitación de las bases de las respectivas cuotas de responsabilidad del anestesista y de los enfermeros, ya que únicamente delimitándose a quién corresponde una determinada tarea se puede determinar la responsabilidad de los respectivos intervinientes en una intervención médico-quirúrgica.

Partiendo de la premisa de que las competencias que corresponden a los distintos profesionales del trabajo en equipo se encuentran definidas y, forman parte del resultado conjunto pretendido, en la división vertical, jerarquizada, el principal que asume el hecho globalmente suele y puede delegar funciones en el subordinado, lo que genera la obligación de control y posible responsabilidad no solo de sus propios actos, sino también de las

acciones u omisiones originadas por el delegado. De forma tal que podría existir una relación jerárquica sin delegación de funciones, pero la delegación real implicará siempre una relación jerárquica⁵⁶⁹.

En este punto, GÓMEZ RIVERO precisa que la nota que acuña el genuino sello de identidad a estos supuestos de actuación subordinada en la división vertical es que *«las tareas que se reparten entre los distintos miembros del equipo no son fragmentos yuxtapuestos del mismo tratamiento del paciente, sino aspectos o facetas de un mismo acto cuya asunción ha asumido globalmente el principal. En otras palabras, cada uno de los miembros subordinados no es sino una parcela delegada de la actividad asumida por el jefe del equipo y, en definitiva, segmentos de su propia actividad»*⁵⁷⁰. Supuestos en los que resulta innegable que se origina de forma constante una delegación de funciones -de conformidad con lo previsto por el párrafo cuarto⁵⁷¹ del artículo 9 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias-, existiendo, en consecuencia, el deber de vigilancia y control del principal sobre los subordinados con la finalidad de neutralizar los posibles riesgos que puedan originarse de la delegación.

Para WILHEIN los elementos estructurales que caracterizan la división vertical de trabajo son: *«1. El orden jerárquico de distribución de deberes como los de instrucción, control y vigilancia del superior, y la obligación de los subordinados de cumplir las órdenes de sus superiores jerárquicos; 2. La relación de dependencia de los subordinados en el contexto de supra-subordinación, y 3. La delegación que afecta no solo a la actividad del colaborador subordinado, sino también a lo que puede suponer de*

⁵⁶⁹ Vid., en este sentido, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, op. cit., p. 116; CHOCLÁN MONTALVO, op. cit., p. 106.

⁵⁷⁰ *La responsabilidad penal...*, op. cit., 2008, p. 428.

⁵⁷¹ *«-4. Dentro de un equipo de profesionales, será posible la delegación de actuaciones, siempre y cuando estén previamente establecidas dentro del equipo las condiciones conforme a las cuales dicha delegación o distribución de actuaciones pueda producirse. Condición necesaria para la delegación o distribución del trabajo es la capacidad para realizarlo por parte de quien recibe la delegación, capacidad que deberá ser objetivable, siempre que fuere posible, con la oportuna acreditación».*

desplazamiento de competencias y responsabilidad como propias de funciones ajenas»⁵⁷².

De lo anterior se desprende que existe unanimidad en doctrina al considerar que en la división vertical del trabajo siempre existirá una relación de jerarquía, mientras que se han suscitado diversas controversias respecto de la delegación de funciones.

En este sentido, mientras que para un sector doctrinal la división de trabajo y delegación son lo mismo, otros autores sostienen que no deben confundirse dichas acepciones.

Así, CHOCLÁN MONTALVO partidario de que la división vertical y la delegación son sinónimos, precisa que *«será necesario distinguir entre deberes de diligencia primarios y secundarios, en el sentido de que el delegante conserva tras la delegación el control y vigilancia respecto del cumplimiento de deber de diligencia de sus colaboradores. La eficacia de la delegación va a depender de que ésta se efectúe en personas con la cualificación necesaria y se le brinden los instrumentos necesarios para el cumplimiento de la función recibida, pues esto va a dificultar al delegado realizar la función que le ha sido asignada bajo condiciones que le permitan afirmar el dominio y control del riesgo de la tarea»*. Y advierte que *«la propia atribución de tareas a quien no está en condiciones de ejercerlas en forma no peligrosa crea ya un riesgo desaprobado. Por ello, si como consecuencia de esa previsible actuación errónea del subordinado se produce lesión de un bien jurídico, entonces será atribuible al órgano directivo de la empresa por la infracción del deber de cuidado que le incumbía»⁵⁷³.*

Por el contrario, JORGE BARREIRO entiende que *«la delegación es solo una de las formas de cooperación en la división vertical de trabajo, pero no es división vertical del trabajo»⁵⁷⁴*. También VILLACAMPA ESTIARTE sostiene que *«la delegación no implica una relación jerárquica entre el delegante y el delegado, pues, por ejemplo, un especialista en anestesiología y reanimación*

⁵⁷² *Verantwortung und vertrauen...*, Apud cit., por JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, op. cit., p. 147.

⁵⁷³ *Op. cit.*, p. 106.

⁵⁷⁴ *La imprudencia punible...*, op. cit., p. 116.

puede delegar en un diplomado de enfermería, cuando menos de facto, la vigilancia de un paciente que se encuentra en sala de despertar, pero no por ello la relación profesional existente entre ambos, si no era jerárquica, se tronca en tal. Aun cuando el especialista sea jefe del servicio de anestesiología del centro sanitario no es superior jerárquico del diplomado en enfermería adscrito al servicio de cirugía»⁵⁷⁵.

En definitiva, de una parte, la idea de la delegación no debe ser entendida como sinónimo de la función de la división de trabajo vertical, sino que simplemente forma parte de ésta, debido a que no siempre que exista tal delegación existirá una relación de subordinación jerárquica; de otra, la división vertical de trabajo requiere de la existencia de una formación académica diferente entre los distintos miembros del equipo médico, y a la par, que dentro de las funciones competenciales existan niveles de distinción jerárquica entre éstos.

III. PRINCIPIO DE CONFIANZA

El principio de confianza limita la responsabilidad penal de los sujetos intervinientes en la actuación conjunta proveniente bien de divisiones horizontales o de divisiones verticales que surgen en el trabajo del equipo médico-quirúrgico.

Principio que al igual que ocurre con el principio de división de trabajo en equipo ha sido utilizado como un criterio limitador de la responsabilidad que ostentan cada uno de los miembros en el equipo médico-quirúrgico⁵⁷⁶.

Como VALLEJO JIMÉNEZ apunta, *«el postulado básico del principio de confianza indica que en las actuaciones conjuntas cada uno de los*

⁵⁷⁵ *Op. cit.*, p. 156. En similar sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, establece que *«no se puede identificar la división vertical del trabajo con la delegación, en el sentido de que esta última no siempre hace surgir una relación de subordinación entre delegante y delegado, sino que simplemente obliga a que el primero se vea obligado a ejercer vigilancia y control sobre la actuación del delegado respecto de la tarea que le ha sido asignada; es decir, que no se puede confundir la división del trabajo vertical con delegación»*. Asimismo, añade que *«todo acto de delegación hace nacer una nueva relación vertical, en el sentido de que el delegante deberá estar atento a la conducta global del delegado»* («La responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 315).

⁵⁷⁶ *Vid.*, VÁZQUEZ FERREYRA, *Daños y perjuicios...*, *op. cit.*, p. 222.

intervinientes puede confiar en que el resto de los que con él interactúan realizarán correctamente su trabajo, es decir, que actuarán conforme al deber objetivo de cuidado»⁵⁷⁷.

En este sentido, la doctrina mayoritaria⁵⁷⁸ sostiene que el principio de confianza delimita el deber de cuidado que le corresponde observar a cada uno de los intervinientes en la actividad realizada en equipo, puesto que cuando dos o más personas realizan una misma actividad todas ellas deben estar atentas a lo que hacen los demás; el principio de confianza fija un límite y establece hasta dónde tiene que llegar la atención y el cuidado de cada uno de los integrantes del equipo.

De lo anterior se colige que operará cuando intervengan varios sujetos en la realización de una actividad de carácter peligroso (en la que el riesgo es inherente a la misma), y cada uno de los intervinientes pueda confiar en el hecho de que el resto actuará de forma correcta, mientras no se presenten circunstancias especiales que desvirtúen esa presunción⁵⁷⁹.

Con todo, MUÑOZ CONDE, y GARCÍA ARÁN entienden que «*este principio no puede pretender una vigilancia absoluta cuando es evidente que alguien va a defraudar esa confianza [...]*»⁵⁸⁰.

Para, JORGE BARREIRO, aplicando el mencionado principio a la actividad médico-sanitaria, sostiene que: «*Implica que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestésista, ayudantes, enfermeras) se comportarán diligentemente, en tanto no concurran en el caso concreto circunstancias especiales -como la falta de cualificación, inexperiencia,*

⁵⁷⁷ «Alcances del principio..., *op. cit.*, p. 57.

⁵⁷⁸ *Vid.*, ROMEO CASABONA, Carlos: *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 249; MARAVER GÓMEZ, Mario: *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cicur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 146 y ss.; CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría del delito*, (basada en el nuevo CP/1995), Tecnos, Madrid, 1998, 6.ª ed., p. 171; FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 98; DE VICENTE REMESAL y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *op. cit.*, p. 216.

⁵⁷⁹ *Vid.*, en este sentido, ROMERO CASAVONA, *El médico ante el Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 76; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 118; HAVA GARCÍA, *op. cit.*, p. 78; GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, pp. 351 y ss.

⁵⁸⁰ *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 8.ª ed., p. 286.

ineptitud, descuidos graves-, reconocibles, que le hagan pensar en lo contrario [...]. El principio de confianza tiene importancia y sentido en la actividad médico-quirúrgica, aplicable tanto en la división de trabajo horizontal como en la vertical, en cuanto evita la sobrecarga de trabajo (y la posible exasperación de los deberes de diligencia) del médico jefe del equipo, hace posible una mayor concentración en su cometido (empleo de la adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo»⁵⁸¹.

En similar sentido, CEREZO MIR afirma que *«el cirujano puede confiar en que el personal auxiliar (anestésista, ayudantes, enfermeras) observa el cuidado objetivamente debido, mientras que, dadas las circunstancias del caso concreto, no tenga motivos para pensar lo contrario. El principio de confianza solo es aplicable en este caso. Sin embargo, si el cirujano ha observado el cuidado objetivamente debido al distribuir las tareas, al coordinar la labor del equipo, al seleccionar al personal y al supervisar sus primeras actuaciones. Cuanto menores sean la preparación real y la experiencia de sus colaboradores mayor será el deber de supervisión del médico y menor el campo de aplicación del principio de confianza. El personal auxiliar puede, a su vez, confiar en la corrección de las instrucciones recibidas del cirujano, mientras que, dadas las circunstancias concretas del caso, no tenga motivos para dudar de las mismas»⁵⁸².*

En virtud de lo anterior se justifica la afirmación que sostiene que, la aplicación de este principio en la actividad médica dependerá de la división horizontal y vertical del trabajo en equipo.

Hecha la anterior precisión, y aludiendo a la relación horizontal entre cirujano y anestésista, SILVA SÁNCHEZ define el principio de confianza estableciendo que *«cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; solo excepcionalmente, esto es, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existan dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (que algunos denominan secundario),*

⁵⁸¹ *La imprudencia punible...*, op. cit., p. 119.

⁵⁸² *Op. cit.*, p. 171.

cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesista»⁵⁸³.

Partiendo de la premisa anterior VALLEJO JIMÉNEZ con acierto establece que «*es necesario tener en cuenta que, si bien el principio de confianza sirve como criterio delimitador de la responsabilidad penal de trabajo en la relación vertical u horizontal, éste no opera de manera absoluta en la actividad médico-sanitaria*». Y precisa que «*se refiere a que no siempre el profesional de la salud que haya realizado alguna actividad en equipo va a poder argumentar en su favor que su comportamiento (descuido) obedece a la confianza que le reporta la actuación de sus demás compañeros de equipo»⁵⁸⁴.*

Por consiguiente, una de las cuestiones que plantea esta figura se concreta en delimitar su alcance, es decir, hasta dónde puede confiar un sujeto en la correcta actuación de que con él interactúa en el desarrollo conjunto de una actividad⁵⁸⁵.

1. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DE TRABAJO: EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

La doctrina mayoritaria⁵⁸⁶ y la jurisprudencia sostienen que el principio de confianza opera con una mayor intensidad en las relaciones de división horizontal de trabajo, debido al carácter autónomo e independiente que presentan las funciones que desempeñan cada uno de los facultativos, los cuales se encuentran en plano de igualdad, de conformidad con su formación académica. De modo que en estos supuestos se erige en regla básica dicho principio, debido a que cada uno de los intervinientes en la operación quirúrgica puede y debe confiar en la correcta realización de las funciones por parte del otro, siempre que la confianza se estime fundada en razón de las circunstancias concurrentes al caso concreto.

⁵⁸³ «Aspectos de la responsabilidad..., *op. cit.*, p. 42.

⁵⁸⁴ «Alcances del principio..., *op. cit.*, p. 58.

⁵⁸⁵ *Vid.*, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La responsabilidad penal..., *op. cit.*, p. 319.

⁵⁸⁶ *Vid.*, en este sentido, las argumentaciones de: HAVA GARCÍA, *op. cit.*, p. 78; GÓMEZ PAVÓN, *op. cit.*, pp. 77 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad..., *op. cit.*, p. 57; FEIJOO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 77 y ss.; DE VICENTE, Y RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

En este sentido, la jurisprudencia menor presenta una postura coincidente a la establecida por la doctrina. En particular, en la ya mencionada *Sentencia de Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.ª, de 12 de mayo de 2000*⁵⁸⁷ se absuelve al cirujano de cualquier responsabilidad por no detectar una imprudencia burda del anestesista, en concreto por no percatarse de que éste había cerrado el suministro de oxígeno y de protóxido de nitrógeno hasta el momento suministrados en mezcla del 50%, abriendo a continuación el grifo correspondiente a este segundo gas. En el caso en autos se establece que:

«La división del trabajo [...] genera una confianza en el actuar diligente de los demás profesionales de manera que a cada uno de los miembros del equipo no se les puede responsabilizar de los fallos del otro, salvo que la confianza en su actuación sea estimada infundada en atención a la entidad del error o, a la ausencia de cualificación o fiabilidad del directamente responsable».

En sentido contrario se pronunció la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 10 de octubre de 1979*⁵⁸⁸, que condenó al cirujano en una intervención de cesárea con asistencia de anestesista al no percatarse del estado cianótico de la enferma que estaba siendo operada por él, pese a que al anestesista incumbía estar pendiente de la sintomatología de la enferma, *«pues el procesado [...] debió tener presente que el anestesista atendía simultáneamente a dos pacientes que estaban siendo operados en quirófanos distintos».*

Por otra parte, no han faltado autores que han propugnado excluir la necesidad de recurrir al mencionado principio de confianza.

En este sentido, VILLACAMPA ESTIARTE sostiene que *«únicamente será necesario recurrir al principio de confianza cuando se trata de cualquiera de estas dos situaciones; bien porque, sin existir relación jerárquica, la competencia de quien confía sea estrechamente dependiente de aquel en quien éste confía (interdependencia de la función), o bien porque, en virtud de la posición jerárquicamente superior de quien confía, subsistan una serie*

⁵⁸⁷ [Vlex 12330/1998].

⁵⁸⁸ [TOL 2.306.283] –ponente GÓMEZ DE LIAÑO–.

de obligaciones de control sobre la actividad del destinatario de la confianza». Para este autor, ello requiere que quien se excusa en cumplir una competencia de carácter autónomo se haya limitado con su intervención al desarrollo de su competencia, no pudiendo alegar esto cuando se arroge una competencia ajena: «Esta situación explica la responsabilidad en que pude incurrir el cirujano en determinados supuestos en que el anestesista abandona el quirófano». Asimismo, precisa que «*en concreto, es lo que sucederá cuando el anestesista abandona el quirófano sin que ningún otro interviniente en la operación, al margen del cirujano, asuma la función de control de las constantes vitales, lo que efectivamente hace dando su conformidad al abandono*»⁵⁸⁹.

Sin embargo, aun a pesar del reconocimiento de la eficacia del principio de confianza en las relaciones de división horizontal, el hecho de tratarse de una relación entre especialistas de diferentes ámbitos, ha dado origen a numerosas controversias doctrinales⁵⁹⁰ en torno a si este principio opera de forma absoluta o si se trata de un principio limitado.

En este sentido, WILHELM⁵⁹¹ considera que éste conserva su vigencia bajo cualquier circunstancia, de forma que los profesionales de la salud que actúen en relación de horizontalidad no tienen por qué velar por el cumplimiento de las tareas que corresponden a otros colegas. Y, por tanto, defiende en estos supuestos la protección ilimitada de la confianza en la correcta actuación del colega.

DE VICENTE Y RODRÍGUEZ, apoyándose en lo argumentado por WILHELM, entiende que consiste en «*que ninguno de los intervinientes abarcará con su conducta las actuaciones de los demás, por lo que el deber de cuidado de los participantes se restringirá a su concreto ámbito de actuación y, por ende, el tercero que con él interactúa no constituirá en ningún caso factor de riesgo que deba ser considerado por el deber de cuidado del primero. Lo anterior implica, entonces, que un médico, pese a estar actuando conjuntamente con*

⁵⁸⁹ *Op. cit.*, pp. 193; 199 y 201.

⁵⁹⁰ Así, VALLEJO JIMÉNEZ, «Alcances del principio...», *op. cit.*, p. 59.

⁵⁹¹ *Probleme der medizinischen...*, *op. cit.*, p. 50 y, *vid.*, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 321; VALLEJO JIMÉNEZ, «Alcances del principio...», *op. cit.*, p. 59.

*varios colegas y desplegando una actividad sobre el mismo paciente, solo tendrá el deber de velar por su propio comportamiento, confiando ciegamente en la actividad que ejecuta su compañero»*⁵⁹². Sin embargo, dicho enardecimiento de la vigencia indiscriminada del principio de confianza, como una presunción *iuris et de iure* sobre la corrección del comportamiento del otro profesional, no es predominante en la doctrina.

En este sentido, la doctrina mayoritaria es partidaria de trazar límites que de forma más o menos nítida acoten los márgenes de validez del principio de confianza en el ámbito de la división horizontal de trabajo.

Así, GÓMEZ TOMILLO sostiene que *«la lógica estructural de la distribución de tareas descansa en la delimitación de ámbitos competenciales marcados por las respectivas especialidades, no puede olvidarse la filosofía misma que está en la base del reconocimiento del principio de confianza. Si éste se admite es porque se trata de una exigencia mínima para permitir el correcto desenvolvimiento de la división de funciones; es decir, la confianza se protege porque, si bien es verdad que lo contrario dotaría de mayores garantías al éxito de la labor conjunta, se considera no solo admisible sino también conveniente confiar en la correcta actuación de los otros colegas para así agilizar la práctica médica y permitir que cada profesional se centre tan solo en su específica tarea»*⁵⁹³.

En virtud de lo anterior, la doctrina⁵⁹⁴ se opone a considerar que dicho límite opere bajo una vigencia ilimitada, en el entendido de que por regla general los profesionales que se encuentren en supuestos de división horizontal pueden confiar en el trabajo que cada uno realiza, debiendo interrumpirse este nivel de confianza cuando se observe una infracción en la diligencia debida por parte del tercero.

En este sentido, VILLACAMPA destaca algunas de las situaciones que a su entender podrían presentarse en este tipo de relaciones que limitan el empleo de la confianza absoluta, al establecer que: *«En las especialidades en*

⁵⁹² *Op. cit.*, p. 176.

⁵⁹³ *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁹⁴ En esta línea, *vid.*, HAVA GARCÍA, *op. cit.*, p. 140; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Responsabilidad penal en el ejercicio...*, *op. cit.*, p. 268; VILLACAMPA ESTIARTE, *op. cit.*, p. 151.

las que se configura una relación analítica el facultativo encargado de emitir un diagnóstico va a depender de los resultados que emitan las pruebas diagnósticas; por ejemplo, el anestesista puede determinar el grado de narcosis atendiendo al resultado del electrocardiograma [...]». Y añade que «en este supuesto se podría suponer que el facultativo puede confiar en la correcta ejecución de las pruebas diagnósticas; sin embargo, si éste llegará a constatar la concurrencia de una conducta descuidada del analista en función de los conocimientos propios que desarrolla y decidiera, no obstante, utilizar la prueba para la emisión del diagnóstico o la aplicación de un determinado tratamiento, en el caso de que se llegará a producir un resultado lesivo para la vida o salud del paciente, ambos deberán responder a título de imprudencia»⁵⁹⁵.

En síntesis, la admisibilidad del principio de confianza no deja lugar a duda alguna, debido a que se trata de una exigencia mínima para permitir el correcto desenvolvimiento de la división de funciones. De ahí que la confianza se proteja por la conveniencia en poder confiar en la correcta actuación del resto de facultativos que intervienen en la intervención médico-quirúrgica con una doble pretensión; de una parte, agilizar la práctica médica, y de otra, permitir que cada profesional se centre únicamente en su tarea concreta.

Otra cuestión de interés directamente relacionada con la figura, se concreta en determinar dónde se encuentra el límite entre el principio de confianza y la división horizontal.

Esta cuestión ha sido solventada por la doctrina mayoritaria, en el entendido de que dicho límite se encuentra en la ruptura de la normalidad.

De ahí que la vigencia del mencionado principio se extienda únicamente a los supuestos en que se trate de los riesgos que normalmente se producen en la vida cotidiana⁵⁹⁶, y por tanto, en ausencia de las bases de

⁵⁹⁵ *Op. cit.*, p. 217.

⁵⁹⁶ Así, EXNER, Franz: «Fahrlässiges Zusammenwirken», in *Festgabe für Frank*, Band, I, 1930, pp. 569 y ss. Este autor fue el que formuló a principios del pasado siglo una de las primeras versiones del concepto del principio de confianza.

dicha normalidad que permita confiar en la correcta actuación de terceros, deba negarse cualquier espacio de juego a dicho principio.

En síntesis, el límite entre el principio de confianza y la división horizontal se encuentra cuando existen motivos fundados para desconfiar de la correcta actuación del tercero, o indicios evidentes para advertir la incorrecta actuación del colega. Este sería el caso, por ejemplo, en que el facultativo manifieste agotamiento o evidencie la ausencia de las condiciones físicas mínimas para proceder a practicar la intervención médico-quirúrgica⁵⁹⁷.

De modo que cuando el cirujano desconfie de la conducta del anesthesiólogo (o a la inversa), será en ese momento cuando se produzca una quiebra de la normalidad y decaiga la confianza como delimitador de la infracción del deber de cuidado debido.

En el ámbito médico en equipo -a diferencia de otros ámbitos o contextos- concurren una serie de peculiaridades que matizan la vigencia de aplicabilidad de las reglas concurrentes en el principio de confianza.

Así, por ejemplo, cuando se trata del desempeño de una actividad por un grupo acotado de personas, lo lógico es que dichos sujetos realicen intervenciones de forma conjunta y reiterada, de ahí que ostenten un conocimiento recíproco de sus cualidades. Sin embargo, en este caso se puede originar una quiebra con más facilidad en este contexto que en otros, debido a que la confianza que pueda existir en cualquier otro ámbito no puede ser igual a la confianza subjetiva que puede existir respecto a la correcta realización de funciones en el seno de un equipo médico. Si bien, en este último, el conocimiento intersubjetivo sobre la capacidad y habilidad del resto de los intervinientes puede ofrecer indicios para desconfiar en la

⁵⁹⁷ Vid., PETER, Anne-Marie: *Arbeitsteilung im Krankenhaus aus Strafrechtlicher Sicht: Voraussetzungen und Grenzen des Vertrauensgrundsatzes*, Nomos Verlagsges, 1992, pp. 29 y 32; SILVA SÁNCHEZ, precisa que «cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existen dudas sobre su cualificación o viabilidad, surge un deber de cuidado, cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesista» («Aspectos de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 42).

actuación de sus intervinientes, de conformidad con las reglas de cuidado por parte del tercero⁵⁹⁸.

GÓMEZ RIVERO, partiendo de este conocimiento intersubjetivo sobre capacidad y habilidad del resto de facultativos, se ha planteado diversas cuestiones para el supuesto de que el anestesista tenga conocimiento de los reiterados fallos que ha cometido el cirujano en intervenciones anteriores.

En este sentido, se pregunta si dicho hecho, impide que aquél pueda confiar en la correcta intervención de éste; y si sus sospechas surgen de que conoce la alteración anímica que, por la razón que sea, tiene su colaborador el día de la intervención. Y si con carácter previo avala la confianza el conocimiento recíproco fundado en la reiteración de intervenciones o, por el contrario, es suficiente el no saber nada del otro colaborador y, por tanto, la ausencia de indicios tanto en favor como en contra de su correcta actuación.

Frente a dichas cuestiones, esta autora apoyándose sobre la base de elaboración teórica del principio de confianza, sostiene que la solución radica en la idea de deber, es decir, del análisis del contenido del compromiso asumido por cada uno de los intervinientes e incluso de la contemplación de la posición relativa del sujeto que respectivamente se juzga.

Y en este entendido, concluye que *«solo la noción de deber puede ofrecer la clave con la que fundamentar la obligación de cada participante de comprobar las circunstancias que fundamentan la situación de normalidad, presupuesto de la vigencia del principio de confianza, así como de verificar hasta qué punto puede fundamentarse su deber de obrar de forma distinta una vez comprobada la concurrencia de los extremos que desvirtúan los presupuestos de dicha normalidad»*⁵⁹⁹.

Con todo, la división de trabajo médico horizontal se encuentra directamente relacionada con el principio de confianza. De modo que los facultativos intervinientes en la intervención jurídica y en beneficio de su

⁵⁹⁸ Así, VALLEJO JIMÉNEZ, «Alcances del principio..., *op. cit.*, p. 74.

⁵⁹⁹ *La responsabilidad penal del médico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 2.ª ed., p. 74.

desarrollo ordenado, indudablemente, deben poder como regla general confiar en una colaboración correcta del facultativo de otra especialidad.

Es preciso tener presente que, en las divisiones horizontales de trabajo en equipo en la actividad médica, el grado de confianza existente entre los distintos facultativos es sumamente elevado, debido a que se trata de actividades de carácter concatenado en las que se hace necesaria la observancia de unos criterios mínimos de atención con relación a los comportamientos realizados por cada uno de los profesionales que intervengan en el equipo.

De ahí que la observancia por alguno de los intervinientes de la existencia de un comportamiento de carácter irregular proveniente de otro colega que suponga el incumplimiento del deber de cuidado, originará el decaimiento de forma automática del principio de confianza, comportando ello la inoperancia de este principio de forma absoluta y, en consecuencia, su operatividad dependerá en todo momento de la ruptura de normalidad acaecida.

Así, JORGE BARREIRO y GRACIA GUILLÉN precisan que: «*En la división de trabajo médico horizontal el principio de confianza juega en toda su intensidad, dejando de operar solo en supuestos excepcionales: cuando en el caso concreto se percibe un fallo grave del otro colega -infracción de cuidado escandalosa- o existan dudas fundadas acerca de su cualificación o fiabilidad, que deberían llevar a la pérdida de confianza*»⁶⁰⁰.

Por tanto, el principio de confianza en la división horizontal de trabajo, se verá limitado en aquellos supuestos en los que cualquiera de los partícipes en la intervención médico-quirúrgica que se encuentre en igualdad con el resto de facultativos advierta que existe una infracción del deber objetivo de cuidado por parte de alguno de aquéllos en el desempeño de su actividad.

⁶⁰⁰ *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, 1995, p. 370 y *vid.*, MAJUNKE, Philipp: *Anästhesie und Strafrecht: die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten*, Ed. Stuttgart: F. Enke, 1988, p. 23. Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.*, entre otras, las STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 10 de octubre de 1979 [TOL 2. 306.283] y la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de septiembre de 1991 [TOL 454.561].

En definitiva, no se podrá confiar en la actividad desempeñada por alguno de los facultativos del equipo médico, en los supuestos de división horizontal de trabajo en caso de pérdida en la normalidad, y debe limitarse el principio de confianza en aquellos casos en los que cualquiera de los intervinientes que se encuentre en situación de igualdad competencial con el resto de compañeros advierta de la existencia de una clara e inminente infracción del deber objetivo de cuidado por parte de alguno de sus colegas, caso en que la confianza derivada en el trabajo del otro decaerá.

1.1. Competencias y Fases integrantes de la actividad médico-quirúrgica

Partiendo de la premisa de que el límite entre el principio de confianza y la división horizontal de trabajo se encuentra en la ruptura de la normalidad, hay que precisar en qué momento o en qué fase se pierde la confianza y se entra en una situación crítica.

Así, DE VICENTE REMESAL Y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ precisan que: *«En la división horizontal de trabajo –y más aún en las intervenciones sucesivas de profesionales, en caso de considerarlas trabajo en equipo propiamente dichas- la confianza entre los profesionales es algo que viene dado de antemano por la propia cualificación específica en diferentes ámbitos de los que se deriva la real imposibilidad o dificultad de su control por parte del responsable del equipo. Aunque hay un sujeto que sume globalmente el hecho, éste parte de la confianza en los otros miembros del equipo, por su cualificación y especialización; circunstancias éstas, por otra parte, que pueden y suelen no concurrir en el responsable del equipo y que, por ello, no estará capacitado para conocer y controlar lo que sobrepasa en el ámbito de su especialización»*⁶⁰¹.

De lo anterior, se desprende como VALLEJO JIMÉNEZ acertadamente precisa que *«el problema de la limitación del principio de confianza radica en lograr identificar en qué momentos decae la normalidad y en cuál de los intervinientes surge la obligación de neutralizar el peligro»*⁶⁰².

⁶⁰¹ *Op. cit.*, p. 176.

⁶⁰² «Alcances del principio..., *op. cit.*, p. 61.

En virtud de lo anterior la doctrina⁶⁰³sostiene que, en un procedimiento médico-sanitario en el que se requiere de la intervención de diferentes sujetos que se encuentran en división horizontal de trabajo, lo primero que debe procederse es a concretar las diversas competencias y deberes de cuidado que les corresponden a cada uno de ellos.

Así, JORGE BARREIRO matiza que «*a los efectos de concretar las distintas competencias del cirujano y del anestesista, es de gran utilidad distinguir las diversas fases que integran la actividad médico-quirúrgica: antes, durante y después*»⁶⁰⁴.

En este sentido, la citada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de julio de 1998*⁶⁰⁵, ha establecido que:

«[...] *para una actividad profesional correcta en anestesiología, se requiere un quehacer acorde con los siguientes presupuestos: 1. El registro de todo el proceso relacionado con la anestesia del paciente. 2. Los estándares para la valoración pre-operatoria, pruebas complementarias pre-operatorias, pre-anestesia y cuidados post-anestésicos, en cuyo apartado se incluirá: a) la evaluación pre-anestésica, cuya finalidad es la valoración y preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible, lo que lleva consigo la revisión de la historia clínica, entrevistas con el interesado, examen físico completo, determinación de su estado físico, información del plan anestésico al enfermo, o, en su caso, al familiar responsable, y medicación anestésica; y b) per-anestesia: monitorización del enfermo y registro de signos vitales, manejo de las vías respiratorias, dosis de los fármacos utilizados y control de líquidos*».

De lo que resulta que los estándares de monitorización básica intra-operatoria se deben aplicar a todo acto anestésico, salvo circunstancias de emergencia, y suponen:

⁶⁰³ Vid., DE LORENZO y LÓPEZ TIMONEDA, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁰⁴ *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 372 y, además precisa que «*en las intervenciones médico-quirúrgicas será indispensable identificar los distintos momentos, el antes, el durante y el después de la intervención quirúrgica*». Vid., también, en idéntico sentido, GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, 2008, p. 413.

⁶⁰⁵ [R] 1998\6453].

«a) *la presencia continua del anestesiólogo para monitorizar al paciente y proveer la atención anestésica; y b) la permanente evaluación monitorizada de: 1.La concentración inhalatoria de oxígeno en el circuito respiratorio, que se debe medir con un analizador provisto de una alarma, aparte de la necesidad de una iluminación y exposición adecuada del paciente para la valoración de la coloración a los efectos del control de la oxigenación sanguínea; 2.La conveniente y continua evaluación de la ventilación; 3.Con referencia a la circulación, el paciente deberá tener su trazado continuo del electrocardiograma visible, con el control, al menos, cada cinco minutos, de la tensión arterial, ritmo cardíaco y saturación de oxígeno y, c) post-anestesia, comprensiva de la evaluación y los controles del paciente en la unidad de recuperación post-anestésica».*

Claramente vemos que son tres las fases que integran la actividad médico-quirúrgica: la fase pre-operatoria: que es la que antecede a la intervención; la fase intra-operatoria, es decir, la que tiene lugar durante la intervención y, finalmente, la fase post-operatoria, que es la posterior a la intervención quirúrgica. A continuación, pasamos a analizarla.

1.1.1. *La fase pre-operatoria*

En la fase pre-operatoria o fase previa a la intervención: el anestesista deberá cumplir con los deberes que le son específicos, es decir, con la realización de los exámenes previos a la administración de la anestesia.

En este sentido, MANJUNKE⁶⁰⁶ ha concretado estos deberes en los siguientes: De una parte, el estado de salud y edad del paciente, modalidad y duración de la intervención y el procedimiento de narcosis proyectado; De otra, posibles factores de riesgo que pueden afectar al paciente y, finalmente, un informe sobre los antecedentes y el historial clínico del enfermo. Además de las medidas terapéuticas encaminadas a una adecuada preparación del paciente para la anestesia.

De lo dicho, se desprende que este facultativo será quien deba intervenir adoptando las medidas de examen previo y del procedimiento

⁶⁰⁶ *Op. cit.*, pp. 123 y ss.

narcótico proyectado, por tanto, la consulta externa de anestesia y la visita pre-operatoria tendrá como finalidad el conocimiento, la valoración y la preparación del paciente para la anestesia con el mínimo riesgo posible.

En esta fase las conductas del cirujano y del anestesista serán totalmente independientes, siendo responsabilidad del anestesista: la revisión de la historia clínica, es decir, tanto de los datos objetivos diagnósticos suministrados por el laboratorio, los electrocardiogramas, la radiología [...] como la revisión de hojas anteriores de anestesia -cuando sean pertinentes y accesibles-; la entrevista con el paciente incluyendo historial de medicaciones, alergias, experiencias anestésicas previas, historial familiar, hábitos; examen físico completo; examen físico del enfermo según la clasificación A.S.A⁶⁰⁷, especificando las patologías asociadas médicas y quirúrgicas y, valorando el riesgo anestésico quirúrgico, es decir, la posibilidad de daño o lesión durante o después de la actuación profesional del especialista; la información del plan anestésico al paciente -incluyendo el consentimiento expreso y por escrito- y, finalmente, la pre-medicación anestésica.

Por otra parte, conviene precisar que las exigencias de cuidado deberán encontrarse condicionadas, entre otras circunstancias, al factor tiempo, es decir al carácter urgente o no de la intervención.

⁶⁰⁷ KEATS, (*op. cit.*, p. 49) precisa que: «Previamente a una intervención quirúrgica cada paciente es clasificado en función del riesgo operatorio según el siguiente baremo de la *American Society of Anesthesiologists*, (ASA). Mediante el mismo se establece un criterio a partir del cual realizar una evaluación de la situación de salud de los pacientes previa a la realización de una intervención quirúrgica, y así conocer el mayor o menor riesgo anestésico del paciente.

Clasificación ASA del estado físico y el porcentaje de mortalidad asociada, actualmente en vigor:

Graduación	Descripción del paciente	% mortalidad
Clase I	Individuo sano	0.1
Clase II	Paciente con enfermedad sistemática	0.2
Clase III	Enfermedad sistemática severa no incapacitante	1.8
Clase IV	Enfermedad sistemática incapacitante que amenaza la vida constantemente.	7.8
Clase V	Paciente moribundo que no se espera que sobreviva más de 24 horas con o sin cirugía.	9.4
Clase E	Sufijo de operación urgente».	

En este sentido, la jurisprudencia menor presenta una postura coincidente a la establecida por la doctrina. En particular, en la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 15 de febrero de 1996*, estudió un caso en el que, en una intervención no urgente, se omitió la radiografía de tórax de una paciente obesa y tampoco se tuvo en cuenta que no habían transcurrido seis horas desde la última ingesta alimenticia. Como consecuencia de las maniobras de intubación se produjo una parada respiratoria, que el anestesiólogo no afrontó adecuadamente ni adoptó las medidas técnicas oportunas, como la práctica de una traqueotomía de urgencia, a la que no procedió hasta pasados tres minutos, falleciendo la paciente por anoxia cerebral, a consecuencia de parada cardiorrespiratoria. El Tribunal consideró que:

«La omisión de las pruebas pre-operatorias, a no ser que medie urgencia en la intervención, es constitutiva de imprudencia temeraria»⁶⁰⁸.

Asimismo, y partiendo de la premisa de que la modalidad del procedimiento anestesiológico a aplicar deberá ajustarse en todo momento al plan de la operación trazado por el cirujano, las competencias del anestesista quedarán circunscritas exclusivamente a la toma de decisiones sobre las peculiaridades, la oportunidad e indicación de los medios y procedimientos anestesiólogos⁶⁰⁹.

En virtud de lo anterior, y en el caso de que surjan discrepancias o conflictos entre estos facultativos sobre el plan de operación, se prevé la posibilidad de que el anestesista se niegue –por los riesgos que llevaría consigo- a colaborar en la operación proyectada. En este supuesto si todavía no ha comenzado la intervención quirúrgica, lo lógico es que su oposición determine la imposibilidad temporal de realizarla. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el cirujano aun a pesar de dicha negativa proceda a realizar la intervención, bien asumiendo las funciones propias del anestesista o, bien reemplazando al anestesista por otro facultativo.

⁶⁰⁸ *Vid.*, también, la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 22 de abril de 1988 [TOL 2.348.704], donde se condenó a la anestesista por falta simple de imprudencia.

⁶⁰⁹ *Vid.*, STRATENWERTH: *Der Anaesthesia*, 1963, p. 270.

A tal respecto, MAJUNKE precisa que *«si en tales casos el anestesista se negase a prestar su colaboración, quedaría exento de pena en lo que a la responsabilidad por el hecho principal se refiere»*⁶¹⁰.

Por tanto, son dos los supuestos más relevantes en los que cabría la responsabilidad propia del anestesista, dentro de esta fase pre-operatoria: De una parte, la utilización y revisión de aparatos técnicos y, de otra, la preparación y control de la sangre para las posibles transfusiones al paciente.

A) En relación al primer supuesto, un sector doctrinal, sostiene que los daños o lesiones más importantes que puede sufrir el paciente con motivo de la anestesia provienen en la mayoría de los casos de fallos o averías en las instalaciones y aparatos técnicos. Así, MAJUNKE, entiende que: *«El éxito de la anestesia, dependerá en gran medida del buen funcionamiento de los aparatos técnicos que se encargan de mantener las funciones vitales del paciente»*⁶¹¹.

En este sentido, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 10 de noviembre de 1980*⁶¹², se condenó a ambos facultativos – cirujano y anestesista- por las graves lesiones originadas –quemaduras en distintas partes del cuerpo- al menor intervenido, debido al uso negligente de una manta eléctrica durante la intervención quirúrgica. En concreto, el TS argumentó que:

«Los médicos por su mayor preparación, experiencia profesional y funciones directivas que de hecho ejercían en la intervención quirúrgica, pudieron perfectamente prevenir –pues conocían los riesgos de la manta- e impedir las lesiones expresadas».

Otra resolución de interés, en este sentido es el resuelto por la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 13 de noviembre de 1992*⁶¹³, en la que se absolvió al anestesista que por fallo en las

⁶¹⁰ *Op. cit.*, pp. 132 y 133.

⁶¹¹ *Op. cit.*, p. 135.

⁶¹² [Núm. 1.220] –ponente LATOUR BROTONS-.

⁶¹³ [Vlex 4074/1989] –ponente GARCÍA MIGUEL-.

instalaciones técnicas del quirófano, suministró a la operada protóxido de nitrógeno en lugar de oxígeno, causando lesiones graves a la paciente.

En el caso de autos, el jefe de los servicios técnicos del Hospital había recibido el encargo de colocar los racores –piezas metálicas con roscas internas en sentido inverso, que sirven para unir tubos- en unas bombonas de oxígeno y protóxido de nitrógeno que se habían instalado en el quirófano; y, al colocar los racores no advirtió que los tubos quedaron entrelazados entre sí de forma que el procedente de oxígeno quedó unido al que en el aparato estaba destinado al protóxido de nitrógeno y, el de éste al aparato de oxígeno, dando lugar al incidente anestésico comentado. El Tribunal absolvió al anestesista al considerar que *«éste acudía al centro hospitalario cuando era llamado para prestar sus servicios como anestesista y actuaba en la confianza de que quienes tenían la obligación de comprobar y vigilar las instalaciones de gas del quirófano cumplirían con su cometido»*.

En virtud de lo anterior, la exoneración de responsabilidad del anestesista encuentra su justificación en el hecho de que la entrada en juego de los principios de división de trabajo y de confianza, pueden exonerar de responsabilidad a los facultativos cuando el buen uso y mantenimiento de los aparatos técnicos es competencia del personal técnico especializado.

B) Por lo que se refiere al segundo supuesto, se parte de la premisa de que es concebido como uno de los cometidos que son propios del anestesista, quien deberá proceder personalmente al control e identificación del grupo sanguíneo del paciente, así como comprobar su correspondencia con el de la sangre almacenada y a transfundir⁶¹⁴.

En relación con lo anterior, MARTÍNEZ-PEREDA sostiene que *«este grupo es uno de los casos que constituye uno de los supuestos típicos que dan lugar a la condena por conducta imprudente del anestesista»*⁶¹⁵.

En lo que a esta materia se refiere, entre otras, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 13 de octubre de 1981*⁶¹⁶, se

⁶¹⁴ En este sentido, *vid.*, SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 65; JORGE BARREIRO y GRACIA GUILLÉN, *op. cit.*, p. 143.

⁶¹⁵ «La imprudencia punible...», *op. cit.*, p. 285.

solventó un caso en el que el anestesista, antes de proceder a realizar la transfusión de sangre a la operada, preguntó a la matrona por el grupo de sangre de la paciente y aquélla lo confundió con el del marido de la enferma. El anestesista, sin verificar ninguna comprobación, procedió a transfundir la sangre equivocada, falleciendo la paciente por parada cardiaca, debida a diátesis hemorrágica por fibrinosis, con fracaso renal agudo y coagulopatía, subsiguientes a la transfusión de la sangre incompatible que le fue aplicada a la paciente.

Concretamente, el Tribunal, condenó tanto a la matrona –porque al leer el grupo sanguíneo de la paciente lo confundió con el del marido de ésta- y al anestesista por imprudencia temeraria que no comprobó personalmente el grupo sanguíneo que correspondía a la enferma (responsables en concepto de autor del delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, y condenados con la pena de seis meses y un día de prisión menor).

También, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 11 de junio de 1982*⁶¹⁷, se condenó por imprudencia temeraria al anestesista que transfundió erróneamente sangre a una paciente de cuarenta y cinco años con la finalidad de elevar su tono vital y mejorar su post-operatorio, tras la práctica de una histerectomía subtotal por presentar un mioma uterino, y en la que se produjo el fallecimiento de la paciente debido a un *shock* pos-transfusional, subconsecuente a la incompatibilidad de su sangre con la que se le había transfundido.

En el asunto de autos, el anestesista no comprobó personalmente el grupo sanguíneo que verdaderamente correspondía a la paciente (0 Rh negativo), ni siguió, como tal reanimador, observando a la enferma después de ordenada la transfusión, no logrando por ello detectar los primeros síntomas del *shock* pos-transfusional irrogado al administrarse sangre de otro grupo sanguíneo, con lo que no pudo actuar precozmente para intentar solucionar el proceso.

⁶¹⁶ [núm. 1.129] –ponente GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALETA-.

⁶¹⁷ [TOL 2.309.756] -ponente HUERTA Y ÁLVAREZ DE LARA-.

El Tribunal argumentó que «entre el anestesista y el analista no rige el principio de confianza, estableciéndose el principio de recomprobación de los grupos sanguíneos y de realización de la prueba cruzada, debiendo proceder personalmente el anestesista a la reidentificación del grupo sanguíneo de la paciente».

En similar sentido, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 07 de diciembre de 1993*⁶¹⁸, se condenó al anestesista como autor de una falta de imprudencia simple sin infracción reglamentaria, por anestesiar a una niña de cinco años para la práctica de una amigdalotomía por disección, y que tras la misma presentó varios vómitos de sangre, motivados por una hemorragia del lecho amigdalino izquierdo, por lo que el otorrinolaringólogo ordenó su traslado al quirófano para dar unos puntos de sutura a ese nivel, y a la vista de la anemia quirúrgica, solicitando a tal efecto sangre del grupo 0 Rh negativo, comenzando la inducción y apareciendo súbitamente, a los tres o cuatro minutos de la transfusión una bradicardia, por lo que aplicó oxígeno puro, forzando la entrada de la sangre con presión produciéndose una parada cardíaca y falleciendo la niña. Concretamente, el TS señaló en su fallo que: «el anestesista no agotó las medidas de cuidado exigibles que le imponía su posición de garante del riesgo, por lo demás la rápida y fácil realización al no comprobar el grupo sanguíneo de la niña (que era del grupo sanguíneo B), ni practicar un elemental análisis de sangre para confirmar su estado, en un supuesto que la Sala estimó no era de emergencia y, que no facultaba, por tanto, para prescindir de tales medidas de cuidado o cautela».

1.1.2. La fase intra-operatoria

En esta fase intra-operatoria⁶¹⁹ o durante la intervención quirúrgica las conductas del cirujano y del anestesista serán inter-dependientes. En

⁶¹⁸ [Vlex2089/1992] –ponente MONTERO FERNÁNDEZ-CID-

⁶¹⁹ Así, *vid.*, GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, p. 71. También, DE LORENZO y LÓPEZ TIMONEDA sostienen que «el anestesista será responsable de la monitorización y del registro de los signos vitales del enfermo, incluyendo el control y restauración de la homeostasis, los comentarios sobre el manejo de la vía respiratoria; la dosis de todos los fármacos utilizados y los tiempos en que se administraron; la posición y protección del enfermo; el control de líquidos, incluyendo los intravenosos utilizados, sangre y hemoderivados, la estimación de la pérdida sanguínea y la diuresis cuando sea necesario y las situaciones excepcionales acaecidas durante el periodo anestésico y el estado del paciente al concluir la anestesia» (*op. cit.*, p. 65).

esta fase las responsabilidades del anestesista, entre otras, quedan circunscritas a todo lo relacionado con el mantenimiento de los signos vitales del enfermo en condiciones óptimas y la conducción de la narcosis⁶²⁰.

⁶²⁰ Por falta de seguimiento de las constantes vitales y por excesiva difusión del agente anestésico. Así, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 23 de octubre de 2001 [TOL 2.045.166] –ponente JIMENEZ VILLAREJO-, se condenó por homicidio imprudente tanto al cirujano como al anestesista. En caso concreto, la paciente durante una operación de cesárea presentó una pérdida de caudal sanguíneo de tal magnitud que le provocó, consecuentemente, un *shock* hipovolémico, una parada cardiorrespiratoria, una asistolia y, finalmente, la muerte. Hemorragia que se produjo como consecuencia de la grave desatención que prestaron ambos facultativos, tanto a la pérdida de sangre como a la alteración de la tensión arterial y las constantes vitales de la paciente. También, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 05 de febrero de 1990 [R] 1990\1053] –ponente CARRERO RAMOS-, se condenó a ambos facultativos, en un caso de un menor de cinco años que fue amigdalectomizado con la técnica de Sluder y anestesiado con Fluothane. El anestesista indicó que el niño se hallaba bajo depresión anestésica y el otorrinolaringólogo practicó rápidamente la intervención, e inmediatamente de efectuada el médico ayudante comentó que el niño no sangraba, lo que determinó que el anestesista, que por su situación hasta ese momento se encontraba entre la espalda y el costado del niño, y no vigilaba su pulso, lo mirase y diagnosticase un paro cardíaco debido a su gran palidez, colocándole una mascarilla de oxígeno y dándole masaje cardíaco, sin apercibirse de que el menor iba sangrando, lo que determinó su fallecimiento por asfixia, al obstruirse las vías respiratorias por bronco aspiración de sangre procedente del lecho amígdalar.

Concretamente, el TS basó la condena en que *«el anestesista no tomó el pulso, ni controló la tensión del menor, siendo su intubación tardía, demorando hora y media su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos, si bien no podía ignorar su impotencia frente al riesgo existente y la importancia que adquiriría el urgente ingreso en una entidad hospitalaria adecuada».* Por su parte, la Sala también condena al cirujano, pero *«como autor de un delito de imprudencia temeraria, pues aprecia en su conducta una patente falta de cautela respecto al riesgo post-operatorio, bien conocido de la hemorragia, así como una inhibición respecto a la exploración, detección y tratamiento de la emergencia sobrevenida y notoria».*

Asimismo, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 22 de abril de 1988 [TOL 2.348.704] –ponente VIVAS MARZAI-, entendió la Sala en su Fundamento de Derecho Séptimo que *«la anestesista no comprobó, al menos con todo rigor, las constantes vitales de la intervenida ni el estado del tubo de oxigenación, cuyo doblemente o insuficiencia pudo haber verificado inmediatamente de haber obrado con mayores diligencia, previsión y cuidado».*

En este caso se condenó a la anestesista que a pesar de que se encontraba en el quirófano durante toda la intervención de osteosíntesis del codo izquierdo de un niña de ocho años, que duró unos treinta minutos, sin detectar ninguna anormalidad, una vez terminada, cuando procedía a cambiar del proceso automático al manual en el suministro de oxígeno a la niña operada, y al retirar los paños que la cubrían, observó que tenía palidez en la cara, cianosis en labios y uñas con fallo cardíaco, por lo que le dispensó tratamiento ad hoc, recuperándose el corazón, pero quedando en estado de coma a causa de del edema cerebral por la hipoxia prolongada a que estuvo sometida, falleciendo al día siguiente.

Por último, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 19 de julio de 2002 [TOL 213.404], se condenó por imprudencia profesional al anestesista que se encargó de la aplicar el narcótico durante y después de la intervención quirúrgica. El anestesista tras la operación durante el periodo post-operatorio, erró en la aplicación de los tubos de oxígeno y protóxido de nitrógeno, lo que determinó una deficiente oxigenación del cerebro,

Téngase presente que mientras que los reparos que puede oponer el anestesista se limitan necesariamente a los riesgos dimanantes de la anestesia, por el contrario, el cirujano debe sopesar en su decisión de intervención quirúrgica o no elementos más amplios, debido a que su resolución final será fruto tanto del juicio que aporte el anestesista en relación al peligro que pueda suponer la anestesia, por la situación que presente el paciente, como de la ponderación de los riesgos de la intervención.

En virtud de lo manifestado se justifica la afirmación que sostiene que, el poder decisorio del anestesista –en su condición de especialista en narcosis– queda limitado a su negativa para proceder a anestesiar al paciente cuando valore como muy elevado el riesgo que ello supondría, no comportando ello el poder impedir la realización de la intervención quirúrgica, debido a que el poder decisorio de esta cuestión la ostenta exclusivamente el cirujano.

Ahora bien ello no es obstáculo, para afirmar el éxito de la obligación de poner en conocimiento del cirujano los posibles problemas y riesgos anestésicos, tanto en virtud del principio de confianza y de la división horizontal de trabajo como de su condición de especialista en la narcosis. De forma tal que, si el anestesista omite o indica de forma inadecuada los posibles problemas o riesgos, produciéndose un fallo anestésico, éste será el único responsable, con la salvedad de que detectada por el cirujano como errónea dicha información, decidiera proseguir con la intervención.

En este supuesto, también el cirujano será responsable, debido a que en el binomio de normalidad de la confianza indudablemente quiebra en el instante en que se ha dado cuenta de la irregularidad cometida por el anestesista, siendo su obligación la de evitar que se produzca el peligro.

falleciendo el paciente varios días después y, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 18 marzo de 1993 [RJ 1993\2420], se condenó por imprudencia temeraria a la anestesista que como consecuencia de una inducción anestésica errónea durante la intervención quirúrgica provocó en la paciente lesiones graves de las que la ofendida ha quedado psíquicamente incapacitada para regir su persona y bienes de forma irreversible.

No obstante lo anterior, se observa a la luz de la jurisprudencia que los errores más frecuentes en que puede incurrir el anestesista, y que llevan aparejada una responsabilidad, entre otros, son: la omisión de información al cirujano en el supuesto de que el paciente haya sufrido una fuerte bajada de tensión tras ser anestesiado, lo que supone la realización de una actuación incorrecta, como haber interpuesto una condición en el curso causal del suceso cuyos efectos nocivos luego no se ha ocupado de eliminar, o el supuesto en que la proyección de la negligencia traiga causa de una conducta activa realizada por el anestesista⁶²¹.

En este sentido, se ha pronunciado *la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 26 de junio de 1980*⁶²² en la que se condenó al anestesista por imprudencia temeraria, derivada de la administración de una dosis incorrecta de anestesia, es decir, que la excesiva difusión del agente anestésico, provocó en el paciente un paro cardíaco que se prolongó durante quince minutos. A pesar de ello, el anestesista entendió que el paciente ya se había recuperado e indicó al cirujano que podía comenzar con la intervención, consistente en la extracción de un cálculo en el uréter izquierdo. El paciente tuvo que ser trasladado al servicio de urgencias de otro hospital, donde se le diagnosticó un cuadro de coma cerebral con evidentes síntomas de descerebración, falleciendo en el referido centro.

Por otra parte, conviene precisar que las sentencias del TS, tanto civiles como penales, son unánimes en considerar la obligada presencia del especialista durante la realización de cualquier procedimiento anestésico – general o regional-, sin admitir como excusa del abandono del quirófano ni la monitorización ni la ayuda personal de enfermería experimentada. La obligada presencia se justifica en que debe ser el propio anestesista el que

⁶²¹ Así, JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 145; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 62. En jurisprudencia, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 07 de diciembre de 1993 [Vlex 2089/1992], en la que se condenó al anestesista como autor de una falta de imprudencia simple sin infracción reglamentaria, por anestesiar a una niña de cinco años para la práctica de una amigdalotomía por disección. La responsabilidad del anestesista nació de la peligrosidad que suponía la transfusión de sangre. Asimismo, aunque antes se desarrolló un curso causal determinante de unas reiteradas hemorragias, lo cierto es que el anestesista tomó bajo su responsabilidad la actuación sobre la enferma y la transfusión sanguínea, la cual fue el factor de riesgo determinante del fallecimiento.

⁶²² [Vlex núm. 820] -ponente LATOUR BROTONS-.

cumpla con sus obligaciones fundamentales, atendiendo con la mayor diligencia al paciente, para el caso de que se produzca un repentino cambio de estado durante la anestesia. Así lo constata la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de septiembre de 1991*⁶²³, que resuelve un caso consistente en la extirpación de un quiste sinovial en cara externa de rodilla izquierda en la que el anestesista suministró al paciente anestesia general con intubación olotraqueal y respiración asistida, marchándose para atender a otro paciente sin haber conectado el aparato al control electrocardiográfico. El enfermo sufrió una falta de aireación que le produjo hipoxia, lo cual fue advertido tardíamente por el cirujano al observar el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica, ordenando que se llamara al anestesista, que al acudir encontró al enfermo en estado de parada cardíaca, resultando inútiles los intentos de reanimación. La muerte se ocasionó por haber fallado al paciente la vigilancia del anestesista en el momento en que se produjo la crisis respiratoria y por no haberse detectado oportunamente esa crisis por el cirujano, al estar desconectado el monitor.

En similar sentido, la ya citada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 16 de octubre de 1992*⁶²⁴, declaró no haber lugar a la admisión del recurso de casación interpuesto por un anestesista contra la sentencia dictada por la Audiencia y que le había condenado por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones. Según la relación de hechos probados de la sentencia de la Audiencia, que quedó firme «*el procesado anestesió a un paciente que se sometió a una operación de hernia inguinal izquierda*». Asimismo, «*una vez anestesiado, el facultativo comenzó a salir y entrar intermitentemente en el quirófano, no llevando un control constante del monitor y del estado del enfermo. En el curso de la intervención, el paciente presentó diversos síntomas que fueron atendidos, si bien las salidas del anestesista eran tan frecuentes que en una ocasión en que el enfermo pareció aquejar dolor, el cirujano detuvo la operación y ordenó que aquél regresara. Minutos después de concluir la operación y siendo atendido en ese momento el paciente solo por la instrumentista y la ayudante técnica, presentó un paro cardiorrespiratorio, sin que el anestesista estuviera presente*». (...) «*se califica la imprudencia del médico anestesista como manifiesta, en primer lugar, por la falta de control de la anestesia*

⁶²³ [TOL 454.561] -ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ-.

⁶²⁴ [R. 8.329] -ponente GRANADOS PÉREZ-.

*impuesta y la ausencia de los registros preceptivos; en segundo lugar, sus ausencias del quirófano determinaron un descontrol sobre el enfermo, produciéndose una falta de atención de los síntomas revelados por los estados que el paciente sufrió y, finalmente, se ausentó del quirófano, una vez finalizada la operación, cuando procedía reanimación del enfermo». En definitiva, se señala de forma expresa en el fundamento de derecho primero, *in fine*, que «la vigilancia constante y permanente del enfermo fue omitida por el anestesista y, que esa omisión infringe una norma sociocultural de cuidado que integra y completa el ilícito de la imprudencia».*

También, en la ya citada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993*⁶²⁵, se condenó por negligencia cometida en un supuesto de extirpación de un quiste sinovial en la cara externa de la rodilla izquierda a un paciente al que el anestesista administró anestesia total por intubación y respiración asistida.

En este supuesto, el anestesista se ausentó del quirófano para atender otra operación realizada en otra planta del hospital. El enfermo sufrió una falta de aireación que le produjo la hipoxia, advirtiéndolo el cirujano tardíamente el estado crítico del paciente por oscurecimiento de la sangre que fluía de la vía quirúrgica, por lo que se ordenó llamar al anestesista que al acudir encontró al enfermo en estado de parada cardiaca, siendo inútiles los intentos de reanimación⁶²⁶.

⁶²⁵ [R] 1993\2545] –ponente GONZÁLEZ POVEDA-.

⁶²⁶ En esta misma fase intra-operatoria, son también reiteradas las sentencias que condenan por no utilizar desfibrilador tras paro cardiaco, *vid.*, la STS, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de febrero de 1995. Así como por la falta de monitorización, y la falta de atención a los indicadores cuando se produce un fallo en mecánico en las instalaciones. En este sentido, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 19 de febrero de 1982 [Núm. 207] –ponente GÓMEZ DE LIAÑO Y COBALETA- confirmó la condena impuesta por la Audiencia Provincial a un anestesista que mientras se encontraba prestando sus servicios como tal, en el curso de una apendicetomía a un joven de catorce años, se produjo un fallo mecánico en las instalaciones para el suministro de oxígeno, que duró varios minutos y afectó a todos los quirófanos, no prestando atención a los indicadores de los aparatos correspondientes, por lo que no comprobó de forma inmediata que el enfermo no recibía el suficiente suministro de oxígeno para sus necesidades vitales, lo que motivó una parada cardiaca, de la que se recuperó, pero no así del funcionamiento cerebral, quedando sumido en un estado vegetativo irreversible. También, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 07 de julio de 1993 [Vlex 1721/1991], se condenó por imprudencia temeraria la conducta del anestesista que abandonó el área del quirófano en el que se intervenía a un paciente no monitorizado por lo que pasó inadvertida la falta de oxigenación cerebral.

Del mismo modo, en la *Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, 01 de diciembre de 1989*⁶²⁷, se condenó por imprudencia temeraria por negligencia profesional al anestesista que asistió en una intervención quirúrgica de corrección de fractura de mandíbula.

En este caso, el anestesista intubó al paciente por conducto nasotraqueal y debidamente monitorizado, sin embargo, es de destacar que el aparato de anestesia y respiración utilizado aquel día carecía de alarma, y que el monitor tenía desconectada su señal acústica o se puso tan baja de volumen que no era audible. También que, los paños que cubrían el campo operatorio impedían la visión del tubo anestésico-respiratorio conectado al enfermo a través de su nariz y tráquea.

Asimismo, finalizada la intubación en las condiciones y con las circunstancias expuestas, cuando habían transcurrido unos diez minutos del comienzo de la operación, abandonó el quirófano sin avisar a nadie, por lo que tuvo que ser avisado por la ATS circulante al moverse el enfermo, para que volviera a su puesto y normalizara la situación. Posteriormente, volvió a ausentarse del quirófano por segunda vez y de nuevo hubo de ser buscado por la enfermera. Tras una tercera ausencia, ésta de más diez minutos, cuando el anestesista retornaba a su puesto en la operación en los momentos finales de la misma, al mirar la pantalla del monitor vio que la señal electrocardiográfica daba plana (indicación de parada cardíaca), por lo que levantó los paños del campo operativo descubriendo que el tubo nasotraqueal que suministraba oxígeno al paciente estaba desconectado. Ante tal evento, se inició la reanimación del paciente, lográndose la recuperación cardíaca, más como el paciente estuvo más de tres minutos sin recibir oxígeno, por la desconexión del tubo referido al aparato de anestesia (desconexión que hubiera sido detectada y subsanada en el acto si el anestesista hubiera estado en su puesto, controlando el estado del paciente), quedó descerebrado quedando en un estado crónico vegetativo persistente, hasta su fallecimiento.

⁶²⁷ [Vlex 3044/1989] -ponente MONER MUÑOZ-.

1.1.2.1. Otros casos en los que la responsabilidad recae tanto en el anestesista como indirectamente en el cirujano

En nuestra jurisprudencia encontramos numerosos casos en los que se originan complicaciones con la anestesia y el anestesista no se encuentra en el quirófano. En estos supuestos, si el cirujano toleró de forma injustificada esa ausencia también será responsable. En este sentido, en la ya mencionada *Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 10 de octubre de 1979*⁶²⁸, se condenó a ambos facultativos.

Como advierte el ponente se solventaba un supuesto de cesárea con asistencia de anestesista que a la par atendía en dos quirófanos a la vez. Intervención en la que en un momento determinado se presentó un cuadro cianótico en la paciente y hubo que llamar al anestesista, pero cuando éste llegó todo intento de reanimación fue infructífero. Concretamente, el Tribunal sostuvo para condenar al cirujano que:

«[...] debió tener presente que el anestesista atendía simultáneamente a dos pacientes que estaban siendo operados en quirófanos distintos».

En similar sentido, la *Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de agosto de 1982*, estableció que:

«Incorre en una gravísima negligencia el médico anestesista al ausentarse de la sala de operaciones para efectuar llamadas telefónicas antes de la finalización del acto jurídico produciéndose en el ínterin una pérdida de oxígeno incontrolada del aparato de anestesia que causa la destrucción completa de la masa cerebral de la paciente, falleciendo ésta meses más tarde. Es, asimismo, responsable el cirujano jefe que no debió admitir que el sistema de oxigenación hubiere quedado sin control o el retiro del anestesista».

También, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 07 de julio de 1993*⁶²⁹, se condenó a ambos facultativos, y por lo que al

⁶²⁸ [TOL 2.306.283] –ponente GÓMEZ DE LIAÑO-.

⁶²⁹ [Vlex 1721/1991] –ponente MOYNA MENGUEZ-.

anestesiista concierne por imprudencia temeraria. En el supuesto y como advierte el ponente, se solventaba un caso de:

«Intervención quirúrgica de un menor de 8 años de edad para corregirle un estrabismo convergente. Tras entender la doctora anestesiista no necesaria la monitorización del menor e inducirle la anestesia, procedió a abandonar la sala del quirófano con pleno conocimiento y consentimiento del cirujano jefe al objeto de realizar los preparativos propios de la siguiente intervención, a otro niño, de fimosis. Pasados unos minutos y encontrándose supliendo las labores propias de la doctora anestesiista su ayudante la A.T.S., abandona asimismo la sala de operaciones para atender una llamada telefónica, sin que de nuevo el cirujano jefe oponga la más mínima objeción [...]. Poco después el cirujano jefe se apercibe del oscurecimiento de la sangre del menor, signo evidente de carencia de oxigenación por parada cardíaca. Es cuando acudió la A.T.S. y después la anestesiista». Si bien, «la falta de oxigenación en el cerebro le causó al paciente una lesión cerebral quedando en estado de coma, sufriendo posteriormente en la Unidad de Vigilancia Intensiva una nueva parada, producto de la anterior, manteniéndose en vida puramente vegetativa hasta que falleció».

El TS estimó que *«la conducta del anestesiista revelaba una grave negligencia y una patente falta a las normas de cuidado inherentes a su especialización, que exigían un control y vigilancia sobre la situación del operado y sus constantes biológicas. Ni el conocimiento y consentimiento del cirujano de su ausencia sirve para su causa exculpadora, porque el anestesiista asume, dentro del equipo médico del que forma parte, con plena autonomía y responsabilidad, todas las funciones que son de su competencia y atinentes a su especialidad (pre-operación, ejecución y vigilancia del procedimiento de narcosis y control de las constantes biológicas del intervenido); no puede descuidarse tampoco en la presencia de una ayudante técnico-sanitaria, “experta en anestesia”, porque el cometido de la anestesiista es de su exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico».*

Por su parte, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de agosto de 1989*, condenó al cirujano y al anestesiista. En el caso concreto, aunque el cirujano en dos ocasiones puso de manifiesto al

anestesista la presencia de sangre negra, lo cierto es que el anestesista aconsejó proseguir con la operación.

El Tribunal, sostuvo que: «*Es cierto que no compromete al cirujano la tarea de oxigenación del paciente, propia de la función del anestesista, al igual que el control de los parámetros vitales, pero también lo es que advertidos cualquiera de los trastornos de la ventilación era obligación suya suspender la operación hasta que hubieran desaparecido [...]. Si no obtenía respuesta adecuada a la advertencia que venía formulando de la aparición de sangre negra, ya en la primera oportunidad debió haber interrumpido el acto quirúrgico, cualquiera que hubiera sido la condición del anestesista, máxime si como lo afirma era la primera vez que actuaba con ese auxiliar. Es obligación común del cirujano suspender la operación hasta que los trastornos de la ventilación desaparezcan, al punto que, si hubiera sido suspendida la operación ante la primera de aquellas advertencias, el paro cardiorrespiratorio no habría ocurrido. De ahí que, esa sola circunstancia comprometa la responsabilidad del cirujano que es quien dirige la totalidad del acto quirúrgico y debe disponer las medidas correctivas ante cualquier síntoma de alarma que se suscite [...]*»⁶³⁰.

Del tratamiento que hace la jurisprudencia sobre el tema, se puede afirmar que, aunque la división de trabajo entre cirujano y anestesista está delimitada, lo cierto es que no exime de responsabilidad al cirujano en todos los supuestos. Sin embargo, existen casos en los que la negligencia acaecida por el anestesista no puede imputarse de forma indirecta al cirujano, debido

⁶³⁰ En el mismo sentido, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de septiembre 1991 [TOL 454.561] -ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ-, se condenó tanto al anestesista como al cirujano que asistieron una operación de extirpación de un quiste sinovial en cara externa de la rodilla, por las ausencias del anestesista con conocimiento del cirujano. En caso concreto, para la operación no se conectó el aparato monitor de control electrocardiográfico, que detecta y señala las perturbaciones que pueda presentar el estado cardiorrespiratorio del paciente, al que se administró anestesia total con intubación olotraqueal y respiración asistida. Iniciada la intervención, se ausentó el anestesista, con conocimiento y consentimiento tácito del cirujano, para atender a otra operación que efectuada en quirófano situado en diferente planta del hospital. Ausente el anestesista, sufrió el enfermo, por causas no especificadas, una falta de aireación que le produjo hipoxia. Al advertir el cirujano tardíamente el estado crítico del paciente, por el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica, ordenó que se llamase al anestesista, el que al acudir encontró al paciente ya en estado de parada cardíaca, siendo inútiles los intentos que realizaron todos los presentes para reanimarlo, produciéndose su fallecimiento. La muerte se ocasionó por haber fallado al paciente la vigilancia del anestesista en el momento en que se produjo la crisis.

a la delimitación de las funciones propias que presenta cada especialidad y al análisis de la circunstancia de sí el cirujano pudo controlar el acto u omisión realizado por el anestesista que originó el daño o estuvo a su alcance dicha posibilidad.

Asimismo, conviene recordar que en caso de incidentes graves durante la operación y ante el dilema entre la interrupción o la continuación de la intervención quirúrgica, deberá ser el cirujano -por el buen conocimiento de la enfermedad de que adolece el paciente- quien decida la actuación a seguir⁶³¹, quedando el anestesista a expensas de las indicaciones que el primero le efectúe.

En definitiva, de una parte, con el principio de división horizontal de trabajo únicamente se puede responsabilizar -de forma indirecta- al cirujano de forma conjunta con el anestesista, en caso de errores cometidos conjuntamente o por uno de ellos- pero que debiera ser apreciado por el otro profesional por la gravedad que éste presenta-. Por ejemplo, en caso de graves deficiencias que deberían haber sido advertidas por el otro facultativo, hecho que acaece, como norma general, en supuestos de abandono del quirófano por el anestesista con el beneplácito del cirujano, y en los que durante dicho intervalo se origina una problemática que acarrea un daño irreversible al paciente; de otra, aunque el anestesista goza de plena autonomía científica, lo cierto es que de conformidad con la relación de dependencia existente entre ambos facultativos, esta autonomía realmente no exime de responsabilidad al cirujano. Puede observarse que todos los supuestos analizados no se produce una responsabilidad *stricto sensu* del cirujano.

1.1.3. *La fase post-operatoria*

En la fase post-operatorio fase posterior a la intervención médico-quirúrgica: al anestesista le corresponde como cometidos específicos el deber de vigilancia del paciente mientras éste se recupera del estado de narcosis. Mientras que la función del cirujano se extiende hasta esta fase

⁶³¹ *Vid.*, en este sentido, ENGISSH: «Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit des Chirurgen in Verhältnis zur Verantwortlichkeit des Anaesthesisten bei arztlichen Operationen zu bestimmen und zu begrenzen?», en *Langenbecks Arch, Klin, Fhir.*, 297, 1961, p. 253.

debiendo prevenir y controlar los peligros y daños que se puedan originar una vez concluido el procedimiento quirúrgico⁶³².

Por tanto, mientras se produce la recuperación deberá vigilar al paciente, por si acaecieran complicaciones tanto en las constantes vitales, como en todo lo que pueda afectar a problemas derivados de respiración y circulación⁶³³.

En esta fase la actuación del anestesista queda circunscrita, entre otras, a la evaluación del paciente, a la admisión del alta en la unidad de recuperación post-anestésica; al registro cronológico de los signos vitales en el nivel de conciencia; al registro de todos los fármacos utilizados y su dosis y a la cantidad de líquidos administrados intravenosos y sus dosis a controlar cualquier situación excepcional incluyendo complicaciones post-anestésicas o post-quirúrgicas- y, al registro de las intervenciones médicas.

⁶³² *Vid.*, MAJUNKE, *op. cit.*, p. 160. Desde el punto de vista jurisprudencial, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de septiembre de 1991 [TOL 454.561] –ponente MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ- se condenó por homicidio imprudente a un cirujano y a un anestesista, quienes después de la operación de extirpación de quiste sinovial en la rodilla izquierda de un paciente, descuidan la atención post-operatoria del mismo, éste último retirándose a otra intervención quirúrgica dentro del mismo hospital y el primero permitiendo que aquél se ausentará del quirófano sin conectar el aparato monitor del control electrocardiográfico. Como consecuencia el enfermo sufrió una falta de aireación que le produjo la hipoxia, advirtiéndolo el cirujano tardíamente el estado crítico del paciente por el oscurecimiento de la sangre que fluía de la herida quirúrgica, por lo que el cirujano ordenó que se llamara al anestesista, que al acudir encontró el enfermo en estado de parada cardiaca, siendo inútiles los intentos para reanimarle. Por lo tanto, el TS considera que en este caso no opera el principio de confianza a favor del cirujano al tolerar una situación tan peligrosa, como es el abandono del quirófano por parte del especialista anestesista y la falta de conexión del monitor, pues éste debió haberse percatado del peligro que generaba esta actuación médica.

También, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 03 de octubre de 1997 [TOL 407.918], se condenó por imprudencia temeraria, ambos facultativos que por su conducta negligente y descuidada quebrantaron el deber objetivo de cuidado y de vigilancia continuada debida durante el post-operatorio del paciente fallecido. Y, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 19 de julio de 2002 [TOL 213.404], se condenó por imprudencia profesional al anestesista que se encargó de la aplicar el narcótico [...] después de la intervención quirúrgica y, en concreto, durante el periodo post-operatorio, erró en la aplicación de los tubos de oxígeno y protóxido de nitrógeno, lo que determinó una deficiente oxigenación del cerebro, falleciendo el paciente varios días después.

⁶³³ En este sentido, en la STS, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de mayo de 1994, se consideró imprudencia temeraria la actuación del anestesista por el hecho de dejar a un paciente en una sala contigua al quirófano en espera del despertar del enfermo anestesiado, cuando no se producía la recuperación pese a lo cual quedó totalmente abandonado el paciente que falleció.

De ahí, por tanto, que sea de su competencia específica la reanimación del paciente. En este punto, GONZÁLEZ MORAN precisa que *«el seguimiento del enfermo anestesiado e intervenido quirúrgicamente constituye una de las obligaciones profesionales más exigentes del anestesista, dada la potencialidad de los riesgos que comporta»*⁶³⁴.

Desde el punto de vista jurisprudencial, en la fase post-operatoria las condenas tendrán su origen en la falta de vigilancia.

En estos casos, el anestesista será responsable, tanto en los supuestos de omisión de cuidado al dejar solo al paciente –tras la intervención- en la sala de despertar, sin encomendar a nadie su vigilancia, como en los casos que durante la fase de reanimación concluida la operación, por la falta de vigilancia en el post-operatorio⁶³⁵, se produzca un paro cardiorrespiratorio y

⁶³⁴ *La responsabilidad civil...*, op. cit., p. 99.

⁶³⁵ En este sentido, en la SAP de Cádiz, Sección 4.ª, de lo Penal, de 28 de octubre de 2008 [TOL 1.481.387], -ponente BLANCO AGUILAR- se condenó por imprudencia al anestesista que intervino en una intervención quirúrgica consistente en una liposucción de abdomen, flancos y dorso, y que tras la operación y traslada la paciente a la "Sala de Despertar", no percibió los síntomas de que ésta acaecía. El tribunal argumenta que *«sólo se explica u obedece a una inexcusable falta de atención, cuidado o vigilancia que en todo momento le eran exigibles al médico anestesista, ocasionando así un resultado lesivo derivado [...]»* y, añade que *«se llega a la conclusión [...] se faltó de forma y manera seria y gravemente imprudente a su deber de cuidado en lo que a la dejación de sus funciones médicas se refiere, ya que siendo el encargado y responsable de anestesiar a la paciente, de controlar sus constantes vitales durante la operación y en el post-operatorio y de paliar cualquier complicación derivada de la anestesia bien durante la intervención o bien en la fase de reanimación, como así aquél lo tiene reconocido, por falta de la debida atención o vigilancia no detectó esa carencia de oxígeno en sangre que se estaba produciendo, causa determinante y eficiente de las lesiones que aquélla sufrió»*.

Finalmente, el Tribunal se reitera en que *«se trata de una imprudencia grave profesional por cuanto que el anestesista omitiendo el específico deber objetivo de cuidado que le venía impuesto y los conocimientos específicos concomitantes con su especial formación de anestesista, desatendió de forma severa a la paciente en el post-operatorio, creando con su forma de actuar un riesgo previsible que podía haber sido perfectamente evitado»*.

También, en la SAP de Madrid, Sección 2.ª, de lo Penal, de 11 de mayo de 2007 [Vlex 182/2007], -ponente COMPAIREDPLO- se condenó por imprudencia al anestesista que participó en una operación quirúrgica de septorinoplastia. La paciente cuando se encontraba en la Sala de Despertar bajo la vigilancia y control de éste sin que estuviera en condiciones de abandonar el quirófano, presentaba mucha agitación, por lo que el anestesista le administro Diacepan, entrando en parada cardiorrespiratoria, sin que fuera oportunamente apreciado y atendida por el anestesista y sin que estuviera monitorizada en ningún momento, entrando la paciente en un estado cianótico.

En el caso concreto, desde el momento de la parada cardiorrespiratoria hasta la constatación de la misma pasaron más de 10 minutos sin que recibiera la debida atención por el anestesista que era el encargado de controlar el post-operatorio de la paciente que

el anestésista no esté presente. En este sentido, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 26 de abril de 1994*⁶³⁶, se condenó por imprudencia temeraria al anestésista que intervino en una intervención quirúrgica de desprendimiento de retina en su ojo derecho. En este supuesto, tras la operación:

«la enferma trasladada a un distribuidor -Sala de despertar- existente junto a la puerta de quirófanos, y sin que hubiera recuperado la paciente la conciencia, intervino el anestésista en otra operación y una vez practicada ésta, como la enferma seguía en la misma situación, le administró una segunda tanda de fármacos para su reanimación, y como no se consiguiera y se apreciara una leve caída de la comisura labial, consultó con el jefe del Servicio de Anestesia y tras examinar a la paciente, se llamó al médico de guardia de la UCI quien afirmó que se encontraba en estado de coma, disponiendo su inmediato traslado a la UCI donde evolucionó lentamente hacia un estado de vida meramente vegetativa, presentando una encefalopatía difusa severa producida por hipoxia de origen anestésico o postanestésico con motivo de la intervención quirúrgica antes referida, que le mantiene en un estado neurológico de desanimación sin recuperación de la conciencia, de carácter irreversible».

El TS afirma que *«la enferma permaneció durante más de una hora en el distribuidor del quirófano sin recuperar la conciencia y que durante el tiempo que duró la siguiente operación -aproximadamente media hora- no estuvo permanentemente vigilada ni controlada por el anestésista ni por ningún otro facultativo»*. Razona el Tribunal que *«el comportamiento del médico anestésista no se correspondió con la diligencia que le imponía el más riguroso cumplimiento de su deber de vigilancia y cuidado de la enferma en el post-operatorio, ya que en todo caso no actuó con toda la diligencia necesaria, una vez pasado el tiempo prudencial sin que la enferma despertase»*.

entró en un estado de encefalopatía anóxica severa que produjo la muerte cerebral primero y la muerte biológica seguidamente.

⁶³⁶ [TOL 5.155.059] –ponente GRANADOS PÉREZ-.

Asimismo, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 18 de septiembre de 1992*⁶³⁷, se condenó a la anestesista que intervino en una operación de extirpación de quiste sinovial en la rodilla izquierda.

En el caso concreto, tras finalizar la operación y ser trasladado el paciente a la Sala de Despertar, aunque éste requirió de mascarilla de oxígeno, suero, esfigmomanómetro y tubo de Mayo, lo cierto es que no fue conectada la alarma del aparato monitor. Posteriormente, tanto la anestesista como la enfermera encargada de la sala de despertar abandonaron en ésta al paciente, sin dar ninguna otra orden ni encomendar a nadie la vigilancia del mismo, quien quedó sólo y en la forma ya indicada⁶³⁸.

2. LA DIVISIÓN VERTICAL: ALCANCE DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

En los casos de división vertical de tareas, aunque la doctrina mayoritaria se muestra favorable a seguir manteniendo como regla general la vigencia del principio de confianza, justificándolo en el mantenimiento de la distribución de funciones, lo cierto es que pone de manifiesto que en este caso el debilitamiento de la vigencia de dicho principio resulta en este ámbito superior que en el marco de las relaciones horizontales.

Las razones que comportan el debilitamiento de la vigencia de dicho principio en este ámbito son dos: de una parte, la imposibilidad de predicar la existencia de conocimientos especializados paralelos entre los distintos intervinientes y, de otra, que la posición del cirujano se erige como punto de partida de nuevos deberes y responsabilidades que exceden del deber de vigilancia o control del transcurso de la actividad ajena, pudiéndose reconducir a la idea general de la coordinación⁶³⁹.

A mayor abundamiento, el condicionamiento de la vigencia del principio de confianza en el marco de este tipo de relaciones se centra en el alcance concedido al deber de vigilancia de la actuación de los subordinados.

⁶³⁷ [TOL 400.052] –ponente SOTO NIETO-.

⁶³⁸ También, en idéntico sentido, *vid.*, la STS, sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de junio de 1988 [La Ley Juris: 810/1988] y, la STS, Sala 2.ª, de lo Civil, de 16 de octubre de 1992 [R. 8.329].

⁶³⁹ Así, GÓMEZ TOMILLO, *op. cit.*, p. 96.

Alcance que, indudablemente, como GÓMEZ TOMILLO⁶⁴⁰ apunta guarda una relación de proporción inversa al principio de confianza: cuanto mayor sea la confianza que cabe depositar en el ayudante, menor será el deber de vigilancia que habrá de desplegarse respecto de su actividad.

En este extremo, surge una cuestión de interés que se centra en determinar cuál es el alcance de dicho deber. Cuestión solventada mediante el análisis o diferenciación de dos supuestos distintos: de una parte, aquellos casos en los que el superior, es decir, el anestesista, haya procedido a la designación de su subordinado y, de otra, aquellos otros en los que la designación de los colaboradores corresponde a otras instancias.

Por lo que aquí interesa, nos centraremos únicamente en el primer supuesto, es decir, en los casos en los que el anestesista haya procedido a la designación de su subordinado.

En este supuesto, la responsabilidad del superior traerá su causa del acto mismo de nombramiento, en el entendido de que abarca tanto los casos en que se designa a un facultativo de forma permanente para el desempeño de funciones para las que no se encuentra cualificado, como para supuestos de designación puntual de tareas que recaigan en personas incompetentes o carentes de cualificación necesaria para su desempeño.

Es en estos casos en los que la inexistencia de garantía de competencia profesional por las personas designadas, es donde se asientan las bases para exigir la responsabilidad -ya civil o, en caso penal-, por el acto de encomendar funciones o tareas, siendo este el supuesto, por ejemplo, en el que un anestesista encomienda a una persona carente incluso del título de ATS que se ocupe de un preparado que debe inyectarse a un paciente. En el mencionado supuesto resulta innegable que se están quebrantando las reglas de cuidado de la acción de ordenar el desempeño de dicha tarea o función. Si bien, se trata de un caso de prestación de colaboración necesaria para la imprudencia del subordinado, traducida en una forma de coautoría accesoria imprudente del superior de forma conjunta con la responsabilidad en que incurre el subordinado.

⁶⁴⁰ *Op. cit.*, p. 98.

En este sentido, en la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 14 de septiembre de 1990*⁶⁴¹, se enjuició al médico que para realizar una arteriografía sometió al paciente a una anestesia general pese a que, por ser diabética y arterioesclerótica, presentaba alto riesgo de que se le desprendiese un trombo que ocluyese la arteria. Para dicha intervención acudió a la ayuda de un radiólogo, un ayudante y, en calidad de anestesista, a una persona que únicamente poseía los títulos de Practicante y Ayudante Técnico Sanitario, que suministró la anestesia sin realizar las procedentes pruebas analíticas. Tras la intervención la paciente fue enviada a su domicilio, pese a no haberse despertado y estar en estado de coma, falleciendo como consecuencia de una obstrucción de la arteria cerebral⁶⁴².

Asimismo, la responsabilidad también podrá traer causa de la omisión del superior del deber de seguimiento de la actividad encomendada a su subordinado. Lo que acaecerá en aquellos casos en los que, aunque la persona designada se encuentre cualificada para el desempeño de la actividad, lo cierto es que debido a circunstancias personales (falta de destreza o inexperiencia) existen indicios fundados para poder desconfiar de la corrección del desempeño de sus funciones. En estos supuestos, en los que se ha originado una quiebra del principio de confianza, y en los que el superior ha realizado una previa tarea de injerencia representada por el acto de nombramiento, permiten fundamentar un deber de control y vigilancia

⁶⁴¹ [Ponente ROMÁN PUERTA].

⁶⁴² En el orden civil, resulta de interés en la SAP de Madrid, de 23 de mayo de 1998, se condenó al anestesista por las secuelas producidas por una paciente como consecuencia del desgarramiento traqueal que sufrió al ser entubada endotraquealmente para anestesiarla en el curso de una intervención quirúrgica para atajar una hernia discal que padecía, delegando algunas funciones en quien carecía de la cualificación necesaria: «*El médico anestesista, doctor "x", ha incumplido la obligación general de prestar asistencia facultativa con la debida diligencia, puesto que, siendo consciente de la complejidad que esta paciente presentaba ya que había sido operada anteriormente de vértebras cervicales y no era aconsejable la anestesia epidural (local-regional), como ya manifiesta en la contestación a la demanda, por lo que, dada la naturaleza de la operación, la única forma posible era una anestesia general entubándola onotraquealmente. Efectuada la entubación, bajo la dirección y responsabilidad del doctor "x" una médico residente de cuarto curso, no ejerciendo el doctor "x" diligentemente la actividad médica desde el momento en que delegó en su ayudante la parte más compleja de la operación de anestesia, donde se desata la necesidad de un estricto cuidado al realizar la entubación, siendo necesaria una especialización técnica en la materia. Esta delegación de facultades determina por sí una falta de diligencia, sin que el demandado haya probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso*».

continuo en relación al desempeño de las tareas que tiene encomendadas el subordinado. No obstante, en caso de que el superior omita el deber de control y vigilancia y, el resultado lesivo guarde relación de riesgo directa con las irregularidades acaecidas por la actuación previa, éste podría incurrir en responsabilidad como comitente omisivo.

En síntesis, en los casos en los que el nombramiento recaiga sobre personas competentes en los que no se originen indicios en relación a su cualificación, deberá regir el principio de confianza, debido a que en la medida en que el personal realice las tareas encomendadas –diligentemente–, como WILHELM con acierto puntualiza «*debe considerarse incluso más competente y cualificado que el superior*»⁶⁴³.

IV. LA POSIBLE DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL ANESTESISTA EN EL PERSONAL AUXILIAR SANITARIO

Por cuanto atañe a la posible delegación de las funciones del anestesista en el personal auxiliar sanitario, es decir, enfermeros/as anestesistas, circulantes o instrumentistas, conviene precisar que no existe unanimidad en la doctrina, originándose la existencia de opiniones controvertidas sobre el tema.

Por su parte, la jurisprudencia se inclina por pronunciarse en sentido negativo, al considerar que los deberes de cuidado del anestesista son indelegables.

En este sentido, la ya citada *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 07 de julio de 1993*⁶⁴⁴, se indica que:

«*El anestesista no puede escudarse en la presencia de una ATS, porque el cometido de la anestesia es de exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico*».

En la *Sentencia del Tribunal Supremo*, el anestesista pretendía escudarse de su responsabilidad en la presencia de una Ayudante Técnico Sanitario experta en anestesia.

⁶⁴³ *Probleme der medizinischen...*, op. cit., p. 51.

⁶⁴⁴ [Vlex 1721/1991] -ponente MOYNA MENGUEZ-.

En el asunto en autos, durante la intervención quirúrgica con anestesia general y sin monitorización del paciente, la anestesista abandonó el quirófano, con el conocimiento y consentimiento del cirujano jefe respecto a su ausencia. Producida una falta de oxigenación cerebral, el paciente entró en coma, situación en la que prosiguió durante dos años y cinco meses hasta su fallecimiento por atrofia cerebral.

El TS rechazó el alegato en este caso, precisando que *«el anestesista no puede escudarse en la presencia de una ATS, porque el cometido de la anestesia es de exclusiva y personal incumbencia, indelegable en el personal auxiliar no médico»*.

Esta postura encuentra apoyo doctrinal. En este sentido, MAJUNKE sostiene que: *«[...]el anestesista ha de considerarse el único responsable de los errores o fallos en que pueda incurrir en el marco de los cometidos que son de su exclusiva y personal incumbencia (como la elección del procedimiento anestésico, la dosificación de los medios anestésicos, la ejecución y el control de la narcosis) que no podrá delegar lícitamente en personal auxiliar no médico (enfermeras, ATS)»*⁶⁴⁵. Por el contrario, otro sector doctrinal, es partidario del principio opuesto. Así JORGE BARREIRO establece que *«el anestesista sí podrá delegar ciertas actividades -como poner inyecciones, dar la medicación para preparar al paciente para la anestesia- en el personal sanitario no médico, debiendo en todo caso adoptar las adecuadas medidas de prevención -como la de facilitar las indicaciones por escrito- para evitar los peligros típicos de fallos en la comunicación o en la prevención»*⁶⁴⁶. En particular, admite *«la posibilidad de delegación del examen y control (antes de utilizarlos) de los aparatos que se encargan de mantener las constantes vitales del paciente al personal auxiliar cualificado y digno de confianza»*⁶⁴⁷. Además añade que *«la licitud de la delegación de funciones, por parte del anestesista, en personal auxiliar médico (ayudantes médicos), dependerá tanto de la cualificación y*

⁶⁴⁵ *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

⁶⁴⁶ *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 146; JORGE BARREIRO y GRACIA GUILLÉN, *op. cit.*, pp. 378 y 379; SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 52.

⁶⁴⁷ *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 142.

experiencia de éste como de las dificultades que puedan entrañar los cometidos delegados»⁶⁴⁸.

En este sentido, LAUFS precisa que «*intervenciones y aplicaciones que presupongan una capacidad específicamente médica o de médico-especialista no pertenecen al ámbito del personal auxiliar»⁶⁴⁹.*

En nuestra opinión, aunque en principio podría caber la afirmación que sostiene que, no hay razón alguna para excluir al anestesista del principio de delegabilidad -principio que es propio de la división vertical del trabajo-⁶⁵⁰, lo cierto es que las actividades descritas en líneas previas no constituyen delegación de funciones <stricto sensu>, debido a que lo que están efectuando los colaboradores son funciones propias, no delegadas. Si bien, la delegación comporta ordenar al colaborador la realización de funciones que competen al delegante y, en este sentido, la delegación supone una infracción de la <lex artis>. Es más, se presupone que la delegación, innegablemente, requiere que el delegado sea competente para recibir tal delegación de funciones y disponga de los medios -intelectuales y materiales- para poder cumplirla. De forma tal, que corresponderá al delegante la selección e información -mediante la correspondiente comunicación-, así como otras funciones de dirección y vigilancia, quedando únicamente exento de la adopción de cautelas concretas en relación con eventuales y, asimismo concretas, infracciones del deber de cuidado.

Una cuestión de interés que cabe destacar, se centra en determinar si sería o no posible delegar en un auxiliar no médico -en enfermeras/os anesthesiólogas/os- la vigilancia del paciente durante la intervención quirúrgica.

A nuestro juicio el fallo del TS es indudablemente correcto, debido a que no cabe duda de que eventualmente podría delegarse en una ATS la vigilancia de un paciente monitorizado por unos instantes, puesto que es algo que la persona delegada puede acometer con los conocimientos de su

⁶⁴⁸ *La imprudencia punible...*, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁴⁹ *Arztrecht*, Munchen, 1984, 3.ª ed., p. 131, Rdn. 320.

⁶⁵⁰ Así, SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la responsabilidad...», *op. cit.*, p. 52.

competencia, mientras que nos resulta más dudoso que tenga competencia para percibir y diagnosticar, una situación de hipoxia.

También conviene plantearse, si esta cuestión puede o no trasladarse a otros colectivos y, por tanto, delegar en las enfermeras Especialistas de Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matronas), la administración de medicación anestésica intravenosa, inductores, opiáceos parenterales u otros fármacos depresores del sistema nervioso central mediante una orden verbal o si, por el contrario, todo ello es competencia exclusiva del médico especialista en anestesia y reanimación.

Respecto a las funciones que competen a las enfermeras circulantes e instrumentistas, se ha pronunciado la Jurisprudencia Superior de Justicia. En particular, la *Sentencia del Juzgado de lo Social, de Madrid, de 09 de febrero de 2000*⁶⁵¹ en la que es parte demandada el INSALUD, tiene su raíz en el protocolo realizado por el Director Gerente del Hospital Príncipe de Asturias para el tratamiento del dolor en el trabajo del parto, según el cual la competencia para la preparación, administración, vigilancia y mantenimiento de la anestesia epidural y raquídea durante el parto –que venía siendo realizada por los médicos anesthesiólogos- se delega a las matronas de dicho hospital.

Las matronas demandantes solicitaron que dicho protocolo se declarase ilegal por obligarlas a realizar los actos profesionales mencionados, ya que, según alegan, carecen de capacidad profesional y título habilitante para la realización de los mismos.

La sentencia concluye con la declaración de que no resulta ajustado a Derecho dicho protocolo, al considerar que la realización de las funciones descritas con anterioridad sobrepasan las funciones de las matronas «*pues reside en el médico especialista en Anestesiología y Reanimación la competencia para la realización de dichos actos profesionales, siendo dicha función indelegable por tratarse de un Acto Quirúrgico*». También, se alega que tanto el Colegio Oficial de Médicos de Madrid como la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología, opinan que «*las consecuencias derivadas de la*

⁶⁵¹ [Vlex 52/2000].

actuación efectuada por persona no capacitada para ello –refiriéndose a las matronas- puede ser constitutiva, no solo de responsabilidad civil, sino también de tipos delictivos como son el intrusismo profesional o la imprudencia con resultado de lesiones o muerte».

Posteriormente, la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de diciembre de 2000*, confirmó la sentencia de primera instancia, ratificándose en el contenido de los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia recurrida, precisando que

«[...] y en conclusión debemos precisar en el sentido de que parcelar la técnica anestésica es un error y el desarrollo de dicha técnica es competencia del médico anestesista, quien no puede hacer delegación de sus atribuciones. Ahora bien, siguiendo el criterio ya mantenido por esta Sala, dada la función tanto de los facultativos como la de las matronas en el proceso del parto, todos ellos componen un equipo indisoluble, siempre con finalidad del servicio público y atención al enfermo, lo que supone que si bien no cabe mantener la delegación de tales funciones, si debe producirse en esos momentos una actuación conjunta y coordinada de todo el equipo asistencial, controlando todas las necesidades obstetricias o quirúrgicas, así como las constantes biológicas de la paciente por medios mecánicos o convencionales. Todo el equipo, por tanto deberá colaborar en la preparación y diluciones de los fármacos, la ejecución de la técnica elegida, la vigilancia de la paciente [...], sin necesidad de delegación alguna, debiendo por todo lo expuesto, con desestimación del recurso confirmar la sentencia de primera instancia»⁶⁵².

⁶⁵² Las sentencias antes citadas sirvieron de argumento para que las matronas de otro hospital solicitaran a la Dirección que *«les eximiera de las obligaciones consistentes en la vigilancia y mantenimiento de la anestesia epidural y raquídea durante el parto, así como la retirada del catéter»*. Denegada la solicitud por el Hospital, se volvió a plantear ante el TSJ Comunidad de Madrid, Sala de lo Social, de 31 de octubre de 2002, en una sentencia en la que los magistrados analizaron la responsabilidad del anestesista y de la matrona en la administración de la epidural a las parturientas. El fallo explica la actuación de las matronas en los partos asistidos en el Hospital “Doce de Octubre”, en concreto, *«la punción para introducir el catéter lo realiza el personal y directamente el médico anesthesiólogo, colaborando con la matrona en la desinfección de la zona de punción, ayudando al anestesista a cargar la medicación, fijar el catéter [...] se monitorizan las constantes maternas, lo que realiza los primeros treinta minutos el anestesista, después la matrona controla la tensión arterial y temperatura, si bien ante signos de reaparición del dolor o*

Nos inclinamos por afirmar que el diagnóstico es competencia exclusiva del especialista, mientras que del personal auxiliar únicamente se puede esperar apoyo técnico. Asimismo, baste recordar que en caso de que el anestesista se sirva de personal auxiliar deberá vigilar de forma permanente el acto anestésico e intervenir ante cualquier incidente sin demora alguna.

Siguiendo la postura asumida por las distintas resoluciones jurisprudenciales somos partidarios de que, aunque las funciones propias del anestesista son indelegables, lo que no es obstáculo para que pueda solicitar la colaboración de otros miembros del equipo en funciones en las que el colaborador sea competente y se encuentre habilitado para ello.

anormalidad se avisa al anestesista». En cuanto al puerperio, según el protocolo, la matrona «retira el sistema de perfusión, obturando el filtro y, retira el catéter antes de subir a planta, salvo caso de coagulopatía o anormalidades, en las que se avisa al anestesista».

Las matronas solicitaron al Tribunal que se les eximiera de aceptar la delegación de funciones en la anestesia administrada en los partos. Los magistrados consideraron que *«parcelar la técnica anestesista es un error y su desarrollo es competencia del médico anesthesiólogo»*. Ahora bien, la sentencia recordaba que, en el proceso del parto, el anestesista y la matrona *«componen un equipo indisoluble, lo que supone que, si bien no cabe mantener la delegación de tales funciones, sí debe producirse en estos momentos una actuación conjunta y coordinada de todo el equipo asistencia»*. Para finalizar el Tribunal consideró que las matronas están exentas de la delegación que les haga el anestesista, sin que esta exención *«se extienda a las funciones de colaboración y actuación conjunta y coordinada con dicho especialista en la vigilancia y mantenimiento de la anestesia»*.

CONCLUSIONES

I

Tanto nuestro Tribunal Supremo como el Constitucional, consideran el consentimiento informado como un derecho fundamental, situándolo bajo la protección de la integridad física y moral que prevé el Art. 15 de la Constitución Española.

II

La técnica de anestesiología requiere de su específico y propio consentimiento informado, que *per se* deberá ser distinto y autónomo del consentimiento otorgado para la práctica de la intervención quirúrgica. Efectivamente, cada especialidad se refiere a dos técnicas sanitarias de todo punto diferentes, revestidas su propia naturaleza y características propias, pero que aunque suelen aplicarse complementariamente, responden a principios, finalidad y riesgos muy distintos.

III

El consentimiento es un acto jurídico de carácter personalísimo, y como tal solo puede prestarlo el propio paciente, salvo en casos de urgencia o incapacidad. Pero incluso en estos supuestos, se hará de forma restrictiva y siempre en beneficio del paciente.

IV

Tratándose de técnicas autónomas, debe entenderse que el anestesista tiene la responsabilidad de garantizar la información relativa a la suya, es decir, al acto anestésico y, no el cirujano responsable, que puede

incluso desconocer los pormenores y demás riesgos específicos del acto anestésico.

V

No obstante lo anterior, no debe perderse de vista que ambos profesionales operan dirigidos hacia la obtención de un bien jurídico común: la exitosa intervención del paciente. Por ello, es deseable que exista una especial coordinación entre la información que ha de proporcionar el médico responsable y la que debe prestar el médico anestesista que practique el acto anestésico.

VI

La información al paciente debe efectuarla personalmente el anestesista. Constituye una infracción del deber de cuidado delegar dicho deber de informar en personal de enfermería o auxiliar. Esta práctica puede dar lugar a que, ante la lectura del documento, al paciente le surjan dudas que no pueda plantear al profesional adecuado, lo que afecta directamente a la formación del consentimiento otorgado.

VII

La «lex artis ad-hoc» del anestesista se distingue de la del resto de componentes del equipo, puesto que las funciones y responsabilidad de los otros miembros son relativas a la naturaleza particular de su rol en la intervención quirúrgica. Los profesionales de anestesiología tienen, además, protocolos especializados de actuación que contribuyen a reconocer una consideración propia a las normas del buen hacer de la especialidad.

VIII

No existe una relación vertical entre el anestesista y el cirujano, a pesar de que sea el cirujano quien ostenta la dirección de la intervención quirúrgica, y que se basa en el principio de confianza. Por consiguiente, sus responsabilidades se hayan separadas y se delimitan respecto de la actuación de cada uno de los profesionales.

IX

Sí existe una relación vertical entre el anestesista y los profesionales de enfermería y demás personal auxiliar, dado que el anestesista sí que puede dar órdenes y delegar ciertas funciones bajo su estricta vigilancia. No constituye a nuestro modo de entender una responsabilidad indirecta, sino una responsabilidad directa en tanto que implica una infracción de su deber de cuidado por no prestar la vigilancia adecuada.

X

La teoría del daño desproporcionado, *faute virtuelle* o *Anscheinsbeweis*, se fundamentan en base a un principio general del derecho como es «res ipsa loquitur nudus», literalmente: «la cosa habla por sí sola». Constituye una presunción plenamente vigente y que se ha revelado de vital importancia en las resoluciones judiciales alcanzadas por nuestro TS. Efectivamente, la desproporción del daño se revela con nitidez ante la mirada del mero observador, quien puede colegir con sencillez que la intervención a la que se sometía el paciente y el resultado obtenido no guardan relación natural de causalidad.

XI

Ello introduce en el proceso un juego de carga de prueba dinámica, ya que el «onus probandi» se desplaza de la parte demandante a la parte demandada. Cabe entenderse que, ciertamente, podría constituir una prueba diabólica para el demandante cargar con la obligación de demostrar el daño causado cuando, desde la otra parte, el demandado goza de medios probatorios y conocimientos como para poder configurar su defensa de forma suficiente para superar con garantías las exigencias del proceso, si obró de acuerdo a los estándares de comportamiento y exigencia propios de su cargo.

XII

Hay que poner de manifiesto que en el equipo médico se admite el establecimiento de relaciones de trabajo, en los que a cada miembro del equipo se le asignase una tarea de carácter específico, y el desempeño de las funciones realizadas en el interior de un determinado procedimiento o acto podrán ser desarrollados a través de dos clases de relación: "la horizontal" y "la vertical". Este esquema responde innegablemente al modelo de relaciones entre el cirujano y el anestésista que, con sus conocimientos especiales, cometidos específicos e independencia, se complementan y distribuyen el trabajo en la intervención quirúrgica.

XIII

Lo anterior no supondría una alteración del principio de culpabilidad de la responsabilidad civil, sino la exigencia de facilitar una justificación convincente sobre esta discordancia. No obstante estas observaciones, no consideramos que deba aplicarse por defecto como principio inalterable, sino que deberán valorarse las circunstancias concretas de cada caso.

XIV

De una parte, la división de trabajo horizontal, configurada como aquella que tiene lugar entre profesionales que por su capacitación, competencia e independencia se encuentran en situaciones de igualdad, es decir, entre profesionales que se hallan en relación de igualdad, realizando cada cual funciones entre sí complementarias, siendo el caso más habitual, típico y paradigmático la relación entre el cirujano y el anestésista que se complementan y dividen el trabajo en la intervención quirúrgica.

XV

De otra, la división de trabajo vertical, entendida como aquella otra que, referida a una situación donde está presente una relación de jerarquía, se establece una relación de supra y subordinación, es decir, aquella que tiene lugar entre profesionales ligados por una relación de jerarquía, como sería el caso que se da entre cirujano jefe y los cirujanos asistentes o, entre el jefe y los enfermeros.

XVI

En la división horizontal de trabajo en equipo, aunque las tareas son desempeñadas por profesionales que por su grado de formación, competencia, independencia y autonomía actúan en situación de igualdad, lo cierto es que estas tareas requieren de una coordinación entre sí, con la finalidad de cumplir la pretensión común, es decir, salvaguardar la vida y salud del paciente.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV: *Lexicón: Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Consejo Pontificio para La Familia, Madrid, 2006, 2.^a ed.
- AA. VV: *Diccionario Mosby, Medicina, Enfermería y Ciencias de la Salud*, Ed. Harcourt, 2001, 5.^a ed.
- ABEL LLUCH, Xavier: «El derecho de información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en *Cuadernos de Derecho judicial*, núm. 10, 2004, pp. 15 a 126.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, 7.^a ed.
- : *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones, II, Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- ALBANESE, Susana: *Casos médicos*, La Rocca, Buenos Aires, 1994.
- ALMELA VICH, Carlos: «La responsabilidad penal del médico y del cirujano», en *RPJ*, núm. 48, 1997, pp. 235 a 266.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977.
- : «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)», en *ADC*, Vol. LI, núm. 2, 1998, pp. 887 a 916.
- ARIAS RAMOS, José: *Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1947.

- ARLÍA, Ricardo: Pasado, presente y futuro de la anestesia, en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 49, núm. 3, Buenos Aires, 1991, pp. 129 a 140.
- ARRIGGUI DE CASANOVA, Emile: *La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile*, Paris, 1946.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara: «Responsabilidad civil médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, (coord.), REGLERO CAMPOS, Ed. Aranzadi, Navarra, 2006, 3.ª ed., pp. 1153 a 1232.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.
- BARBERA, Alberto: «La anestesia no termina en la sala de operaciones. Consideraciones sobre la necesidad de los cuidados anestésicos postoperatorios», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 52, núm. 3, Buenos Aires, 1994, pp. 175 a 183.
- BARRIOS FLORES, Luís Fernando: «La responsabilidad profesional del médico residente», en *DS*, Vol. 11, núm. 1, 2003, pp. 1 a 22.
- BELLO JANEIRO, Domingo: La responsabilidad sanitaria, en *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*, (coord.), BELLO JANEIRO, Ed. Reus, Madrid, 2009, pp. 204 y ss.
- : *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria*, Reus, Zaragoza, 2013, 1.ª ed.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luís: *Derecho Sanitario de Navarra*, Edit. Gobierno de Navarra (Colección Pro Libertate, núm. 4), Pamplona, 2005.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONIS, Pablo: «El buen padre de familia», en *Estudio de Derecho civil en Homenaje al Profesor BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO*, Salamanca, 1984, pp. 69 y ss.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco: *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

- BENZO CANO, Eduardo: *La responsabilidad profesional del médico*, Ed. Escelicer, Madrid, 1950.
- BERNATE OCHOA, Francisco: «Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza», en *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, Vol. 11, núm. 21, 2008, pp. 65 a 80.
- BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 noviembre», en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 5, 2004, pp. 11 a 124.
- BETTI, Emilio: «Sui limiti giuridice della responsabilità aquiliana», in *NRDComm*, I, 1951, pp. 140 y ss.
- BIANCHI D'ESPINOZA y ZHARA BUDA: «La responsabilité médicale en Italie. Aspects de Droit Privé», in *RIDC*, 1976, pp. 520 a 565.
- BILLANCETTI, Mauro: *La responsabilità penale e civile del medico*, Cedam, Padova, 2005, 5.ª ed.
- BIONDI, Biondo: *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1972.
- BLANCO MUÑOZ, Juan: *Contrato específico para la actuación del médico. Aportaciones jurídicas para mejor seguridad en el acto sanitario*, Ed. Gomylex, Bilbao, 2012, 1.ª ed.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes: «El deber de información en la medicina voluntaria o satisfactiva», en LLAMAS POMBO (Coord.), *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano ALONSO PÉREZ*, Vol. I, 2006, pp. 175 a 198.
- : *La carga de la prueba por omisión de información al paciente*, Ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2013.
- : «Obligaciones de medios y obligaciones de resultados: ¿Tiene relevancia jurídica su distinción?», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, núm. 2, 2014, pp. 50 a 74.

- BLAS ORBÁN, Carmen: *Responsabilidad profesional del médico*, Ed., Bosch, Barcelona, 2003.
- BONET RAMÓN, Francisco: *Naturaleza jurídica del contrato de mandato*, Ed. Bosch, Barcelona, 1941.
- BONFANTE, Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Reus, Madrid, 1965, trad. de la 8.ª ed., italiana, 4.ª ed.
- BONIFACIO, Aldo y GUIDO, Neri: *Riflessioni concettuali e pratiche sull'applicazione dell'art 2236 CC en la responsabilidad medica in ambito civile*, Ed. Giuffrè, Milán, 1989.
- BOYER, Chammard y MONZEIN, Paul: *La responsabilité médicale*, Paris, 1974.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, 8.ª ed.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Ed. Bosch, Barcelona, 1993.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2005.
- CARSTESSEN, Erhard: *Kompendium der prä -und postoperativen Therapie*, Ed. Georg Thieme Verlag, Stuttgart, 1966.
- CARTA, Aldo: *Responsabilità civile del medico*, Roma, 1967.
- CASA MADRID MATA, Octavio: *La atención médica y el derecho sanitario*, Ed. JGS, México, 1999.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, Común y Foral*, T. IV, Ed. Reus Madrid, 1985, 12.ª ed.
- CASTAÑO DE RESTREPO, Patricia: *Derecho Médico-Sanitario: Actualidad, Tendencias y Retos*, Ed. Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría del delito*, (basada en el nuevo CP/1995), Ed. Tecnos, Madrid, 1998, 6.^a ed.
- CHRISTMANN, Federico; OTTOLENGHI, Carlos; RAFFO, Juan y, VON GROLMAN, Gunter: *Técnica quirúrgica*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1984, reimpresión de la 12.^a ed.
- CIFUENTES, Santos: *Teoría de las obligaciones de medios y resultados y la responsabilidad de los establecimientos médicos asistenciales*, nota a fallo, LL, 1995-D-437.
- CHOCARRO GONZÁLEZ, Carmen Lourdes: *Procedimientos y cuidados en enfermería médico-quirúrgica*, Elsevier, Madrid, 2006.
- CHOCLÁN MONTALVO, Antonio: *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, Barcelona, 1998.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta: *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bizcaia, 1988.
- COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry: *Curso elemental de Derecho civil*, traducción de la última edición francesa con notas de Demófilo de Buen, por la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Ed., Reus, Madrid, 1928.
- CREIFIELDS, Carl: *Rechtswötetbuch*, München, 1970.
- DEMOLOMBE, Charles: *Cours de Code Civil*, Tomo XXXI, Bruselas, 1882.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993.
- : *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.
- : «Historia y documentación clínica», en *X Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, 2003.

- : El “resultado” en la obligación del médico. ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas?, en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso*, (coord.), LLAMAS POMBO, T. I, Ed. La Ley, Revista Jurídica Española, Madrid, 2006, pp. 419 a 468.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Políticos, Madrid, 1967.
- DE LA QUINTANA FERGUSON, Manuel: *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Estades Arts, Madrid, 1949.
- DE LORENZO, Ricardo y LÓPEZ TIMONEDA, Francisco: *La responsabilidad profesional en anestesiología y Reanimación*, Abbot Laboratorios, Madrid, 1999.
- DE VICENTE REMESAL, Javier y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: «El médico ante el Derecho penal: consideraciones sobre la imprudencia profesional y el trabajo en equipo», en *Vniversitas Vitae, Homenaje a Ruperto NÚÑEZ BARBERO*, Fernando, PÉREZ ÁLVAREZ (coord.), Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 145 a 179.
- DEMOGUE, René: *Traité des obligations en général*, T. V, Ed. Arthur Rousseau, Paris, 1925.
- : *Traité des obligations en général*, T. VI, Ed. Arthur Rousseau, Paris, 1931.
- DESCHAMPS, Jorge; GRINFELD, David; ORTÍZ, Frutos y Wilks, Arturo: *Cirugía*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1984, reimpresión de la 3.ª ed.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores: (Coord.) *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, UNED, Madrid, 2000.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.
- : «Comentario a la STS de 8 de mayo de 2003», *CCJC*, núm. 63, 2003, pp. 1191 a 1209.

- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Las relaciones obligatorias, Vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
- : «La culpa en la responsabilidad civil extracontractual», en *ADC*, Vol. 54, núm. 3, 2001, pp. 1009 a 1028.
- : *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, Ed. Civitas, Madrid, 2008, 6.ª ed.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luís y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, 4.ª ed.
- : *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, 9.ª ed.
- DOMINGO LUELMO, Andrés: «Régimen jurídico del consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes en la Ley Gallega 3/2001, de 28 de mayo», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, 2001, pp. 327 a 342.
- : *Derecho sanitario y responsabilidad médica: (comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2007.
- D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1977, 3.ª ed.
- DRIPPS, Robert, ECKENHOFF, James y VANDAM, Leroy: *Anestesiología*, Interamericana, Mc Graw-Hill, México, 1989, 4.ª ed.
- ELENA, Gustavo: «El anesestesiólogo, la relación médico-paciente y el consentimiento informado», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 51, núm. 2, Buenos Aires, 1993, pp. 65 a 66.
- ENGISSE: «Wie ist rechtlich die Verantwortlichkeit des Chirurgen in Verhältnis zur Verantwortlichkeit des Anaesthesisten bei arztlichen Operationen zu bestimmen und zu begrenzen?», in *Langenbecks Arch, Klin, Fhir.*, 297, 1961.

ENNECERUS, Ludwig: *Tratado de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Ed., Bosch, Barcelona, 1950.

ENTRUP, Michael y DAVIS, Fred: «Complicaciones perioperatorias de la anestesia», en *Clínicas Quirúrgicas Norteamericanas*, núm. 6, 1991, pp. 1205 a 1225.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego Eduardo: *Manual de Derecho civil español, III*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

EXNER, Franz: «Fahrlässiges Zussamenwirken», in *Festgabe für Frank*, Band, I, 1930, pp. 569 a 597.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo: «El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: Fundamento y consecuencias dogmáticas», en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (extra I), 2000, pp. 93 a 138.

FERNÁNDEZ BARREIRO, Alejandrino y PARICIO SERRANO, Javier: *Fundamentos del Derecho privado romano*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993, 2.ª ed.

FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: «La responsabilidad civil médica», en *La Ley. Revista Jurídica Española*, núm. 3, 1986, pp. 633 y ss.

--: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Ed. La Ley, Madrid, 1987.

--: *El contrato de servicios médicos*, Ed. Civitas, Madrid, 1988.

--: *La medicina y el derecho civil en el siglo XXI: La protección de la persona y de la salud en las ciencias médicas y jurídicas*, Real Academia de Medicina del Principado de Asturias, Oviedo, 2004.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús: «Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios Jurisprudenciales», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 3, Valladolid, 2004, pp. 147 a 231.

FERNÁNDEZ HIERRO, José María: «Estudios sobre la responsabilidad médica», en *Revista de la Universidad de Deusto*, 2ª época, Vol. 31, (1), 1983.

--: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1984.

--: *Sistema de responsabilidad médica*, Ed. Comares, Granada, 2000, 3.ª ed.

FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO, Mariano: *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1972.

FIRESTONE, Leonard: *Procedimientos de anestesia clínica del Massachusetts General Hospital*, Ed. Salvat, Barcelona, 1988.

FRANZI: *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeb, Eine prozebrechtliche Studie unter Berücksichtigung des amerikanischen Rechts*, Dunker & Humblot, Belín, 1982.

FREY, Rudolf; HÜGIN, Werner; BENZER, Herbert y MAYRHOFER, Otto: *Tratado de anestesiología, reanimación y tratamiento intensivo*, Ed. Salvat, Barcelona, 1976.

FREYRE DUARTE, Danilo: «Reacciones alérgicas en anestesia», en *Actas del XXV Congreso Argentino de Anestesiología*, Buenos Aires, 1995.

GALÁN CORTÉS, Julio César: «Responsabilidad civil y penal del médico anestesista», en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1995, pp. 1055 a 1073.

--: «Consideraciones en torno a la responsabilidad civil del médico anestesista», en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 1, 1995, pp. 5 a 14.

--: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997.

--: *Aspectos legales de la relación clínica*, Jarpyo editores, Madrid, 2000.

--: «Estado actual de la responsabilidad civil médica», en el *Libro Homenaje al Profesor Alberto J. BUERES (Derecho Privado)*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2001, pp. 1555 a 1565.

--: *Responsabilidad Médica y consentimiento informado*, Ed. Civitas, Madrid, 2001.

--: «Consentimiento informado: situación actual e incidencia en las especialidades médicas», en *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 91, 2003, pp. 119 a 124.

--: «Servicios de Urgencias y consentimiento informado», en *Diario Médico, Sección de Normativa*, 2005, pp. 1 y ss.

--: *Responsabilidad civil médica*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2007.

GALÁN CORTÉS, Julio César y GALÁN GUTIÉRREZ, Carlos: «Consentimiento informado en anestesiología: la antelación suficiente como requisito de validez», en *Revista Española en Anestesiología y reanimación*, núm. 61 (2), 2014, pp. 94 a 100.

GALÁN GUTIÉRREZ, Eduardo y GALÁN CORTES, Julio César: «Responsabilidad en Anestesiología: teoría del daño desproporcionado», en *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, núm. 60 (8), 2013, pp. 457 a 464.

GARAT, Juan y BARREIRO, Gonzalo: «Paro cardiaco inesperado en anestesia», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 52, núm. 2, Buenos Aires, 1993, pp. 113 a 123.

GARCÍA DE SOLA, Ricardo: «El paciente como adversario», en *Diario Médico, Sección de Normativa*, 2004, pp. 10 y ss.

GARCÍA GARNICA, María del Carmen: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Monografías Aranzadi, Ed. Aranzadi, Madrid, 2010.

--: *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014.

GARCÍA GARRIDO, Manuel Jesús: *Casos prácticos de Derecho Romano*, Ediciones Académicas S.A., Madrid, 2010.

GARRO DE LA COLINA, Gregorio: *El médico ante la mala praxis*, Ed. La Rioja, Argentina, 2012, 1.ª ed.

GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen y GIL RODRÍGUEZ, Jacinto: *Manual de Derecho civil: Derecho de Obligaciones. Responsabilidad civil. Teoría general del contrato*, Vol. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, 3.ª ed.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. B de F, Montevideo-Buenos Aires, Argentina, 2007, 2.ª ed.

GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel: *Configuración jurídica de los servicios médicos*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1965.

--: *Configuración jurídica de los servicios médicos, Estudios de Derecho Público y Privado. Homenaje al Profesor SERRANO*, T. I, Valladolid, 1996.

GLASSCHETB: *El laberinto de la medicina: Errores y triunfos de la terapéutica*, traducción de Emilio, DONATO PRUNERA, Ed. Destino, Barcelona, 1970.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004, 2.ª ed.

GÓMEZ RIVERO, María del Carmen: *La responsabilidad penal del médico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

--: *La responsabilidad penal del médico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, 2.ª ed.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Aspectos médicos y jurídicos del dolor: La enfermedad terminal y la eutanasia*, Unión Editorial, S.A., Madrid, 2008.

GONZÁLEZ MORAN, Luís: *Evolución de la responsabilidad civil del médico anestesista*, Ed. La Ley, Madrid, 1989.

--: *La responsabilidad civil del médico*, Ed. Bosch, Barcelona, 1990.

- GOODMAN Y GILMAN, Alfred: *Las bases farmacológicas de la terapéutica*, Ed. Panamericana, Buenos Aires, 1986, 7.ª ed.
- GRACIA GUILLÉN, Diego Miguel: «*Evolución histórica y situación legal*», Ponencia presentada en las *II Jornadas jurídico-sanitarias de Navarra. El menor y su protección en el ámbito socio-sanitario*, Pamplona, 2004.
- GUERRERO ZAPLANA, José: *El consentimiento informado. Su valoración en la Jurisprudencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, 4.ª ed.
- GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1972.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Feliciano: *Generalidades de la práctica de la anestesia y farmacología de los anestésicos de uso corriente*, Ed. Richard Grandio, Oviedo, 1976.
- GUTIÉRREZ GOICOECHEA, José María y HOYUELA JIMÉNEZ, María: «Legal Aspects of the practice of anesthesiology and resuscitation», en *Revista española de anestesiología reanimación*, núm. 23 (4), 1976, pp. 282 a 290.
- HANQUET, M: *Manual de anestesiología*, Ed. Toray-Masson, Barcelona, 1976.
- HARDY, James: *Cirugía*, Ed. Panamericana, Buenos Aires, 1985.
- HARTMANN, Gustav: *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlangen, 1875.
- HAVA GARCÍA, Esther: *La imprudencia médica*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- HAYWARD, John: *Historia de la medicina*, traducción de Carlos, TORRES, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.
- HEINSHEIMER, Franz: «Der prima facie Beweis und die Beweislast bei Schadensansprüchen», in *Rheinische Zeitschrift*, 1924, pp. 1 y ss.

IGLESIAS, Juan: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Ed. Ariel, Barcelona, 1985, 9.ª ed.

JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 2ª ed. (corregida), traducida de la 2.ª ed., alemana CUELLO CONTRERAS, Joaquín/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JORDANO BAREA, Juan Bautista: *Los contratos atípicos*, en *RGLJ*, Madrid, 1953, pp. 50 y ss.

JORDANO FRAGA, Francisco: «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», en *RGLJ*, Madrid, 1985, pp. 30 a 50.

--: *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

--: «Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)», en *ADC*, Vol. 44, núm. 1, 1991, pp. 5 a 96.

JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

--: «Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica», en *Estudios Penales y Criminológicos*, T. XIV, 1989-90.

--: «Consentimiento informado y anatomía del paciente», en *Revista Jano*, Vol. XLVIII, núm. 1114, 1995, pp. 37 a 44.

--: *La responsabilidad del personal sanitario*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

--: *Jurisprudencia penal y lex artis médica*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo y Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1995.

JORGE BARREIRO, Alberto y GRACIA GUILLÉN, Diego: *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid, 1995.

JOSSERAND, Louis: *Cours de droit civil positif français*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933.

KEATS, Arthur: «The A.S.A. classification of physical status, a recapitulation», *Anesthesiology*, Vol. 49, 1978, p. 33 a 55.

KORNPORST, Louis: *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, Paris, 1957.

LACRUZ BERDEJO, José Luís: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1985.

--: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, Vol. 3, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

--: *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones. Parte General. Teoría del contrato*, Vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, 3.ª ed., revisada sobre la anterior por SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVARRÍA, RAMS ALBESA Y RIVERO HERNÁNDEZ.

LAÍN ENTRALGO, Pedro: *Historia de la medicina moderna y contemporánea*, Ed. Científico-técnica, Madrid, 1963.

--: *La Historia Clínica: Historia y Teoría del relato patográfico*, Ed. Triacastela, Madrid, 1998, 3.ª ed.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne: *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979.

LARIOS RISCO, Cayetano David: *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, T. III, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, 10.ª ed.

--: *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014, 16.ª ed.

--: *Principios de Derecho Civil III. Contratos*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2015, 19.ª ed.

LAUFS: *Arztrecht*, Munchen, 1984, 3.ª ed.

- LESAGE-JARJOURA, Pauline: *Éléments de responsabilité civile médicale*, Ed. Yvon Blais, Québec, 1995, 3.ª ed.
- LE TOURNEAU, Philippe: *Droit de la responsabilité et des contracts*, Ed. Dalloz, Paris, 2006, 6.ª ed.
- LIZZARAGA BONELLI, Emilio: «La información y la obtención del consentimiento en la nueva Ley 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica», en LIZZARAGA BONELLI Y GONZÁLEZ SALINAS (coodr.), *Autonomía del paciente, información e historia clínica: (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 225 a 296.
- LOBATO GÓMEZ, J. Miguel: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», en *ADC*, T. XLV, Fasc. II, 1992, pp. 651-734.
- LÓPEZ MESA, Marcelo: «Teoría general de la responsabilidad civil médica en el derecho argentino y comparado», en LÓPEZ MESA (dir.), *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad penal, civil y hospitalaria*, Ed. Legis, Buenos Aires, 2007.
- LORENZETTI, Ricardo: *La responsabilidad civil de los médicos*, Ed. Rubinzal-Cuzoni, Santa Fe, 1986.
- LUNA YERGA, Álvaro: *La prueba de la responsabilidad civil medico sanitaria. Culpa y causalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 2004.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Ed. Trivium, Madrid, 1988.
- LLAMAS VALBUENA, Eugenio: «La responsabilidad profesional en anestesiología y reanimación», en *Revista Española en Anestesiología y Reanimación*, Vol. 2, 1981, pp. 2 y ss.

- : «Criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad penal del profesional de la medicina», en *Revista Española de Anestesiología y Reanimación*, Vol. 32 (2), 1985, pp. 73 y ss.
- : «La llamada culpa médica. Doctrina general y especialidades problemáticas», en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 2, 2002, pp. 487 a 546.
- : «Doctrina general de la llamada culpa médica», en *Ponencia presentada en el Tercer Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, 14 de noviembre de 2003*.
- MAJUNKE, Philipp: *Anästhesie und Strafrecht: die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Anästhesisten*, Ed. Stuttgart: F. Enke, 1988.
- MALAN, Danielle: *La responsabilité du médecin anesthésiste du fait des appareils et instrumets*, Ed. Tours, Paris, 1972.
- MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent: *Cours de droit civil. Les contrats spéciaux*, Ed. Cujár, Paris, 1995.
- MANTOVANI, Francesco: «La responsabilità del medico», in *Riv., it., di Med., Leg.*, 1980, pp. 20 y ss.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario: *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Cicur Menor, Aranzadi, Navarra, 2009.
- MARCOS DEL CANO, Ana María: *Voluntades Anticipadas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, 1.ª ed.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: *Responsabilidad civil médica*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007, 2.ª ed.
- MARÍN VELARDE, Asunción: Obligación de actividad versus obligación de resultado en la actividad curativa y/o asistencial, en *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El*

contenido reparador del consentimiento informado), (dirs.), LLEDO YAGÜE Y MORILLAS, (coord.), CUEVA MONJE BALMASEDA, Ed. Dykinson, Madrid, 2012, pp. 53 a 66.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, GÓMEZ, Luís: «Especial estudio de la denominada *lex artis ad hoc* en la función médica», en *AC*, núm. 24, 1986, pp. 1697 a 1709.

--: *Derecho Médico*, Vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: *La cirugía estética y su responsabilidad*, Ed. Comares. Granada, 1977.

--: «La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo», en *AP*, 1, 1994 pp. 283 a 291.

--: *La responsabilidad civil y penal del anestesista*, Ed. Comares, Granada, 1995.

--: «Responsabilidad civil derivada de asistencia médica», en SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 2008.

MARTON: «Obligations de résultat et obligations de moyens», in *RTDC*, 1935, pp. 500 y ss.

MARTY, Gabriel y RAYNAUD, Pierre: *Droit Civil. Les obligations*, T. II, Vol 1, Paris, 1962.

--: *Droit Civil. Les obligations*, T. II, Vol 1, Paris, 1988.

MAZEAUD, Henri: «Essai de classification de obligations: obligations contractuelles et excontractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», en *RTDC*, Vol. 35, 1936, pp. 1 y ss.

MAZEAUD, Henri y TUNC, André: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, I, Montchrestien, Paris, 1970, 6.ª ed.

- MÉNDEZ BAIGES, Víctor y SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio: *Bioética y derecho*, Ed., UOC, Barcelona, 2007.
- MENGONI, Luigi: «Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi», in *RDComm*, Vol. I, 1954, pp. 313 a 315.
- MESSINEO, Francesco: *Il contratto in genere*, T I, Ed. Milano, Milán, 1973.
- MICHANS, Juan: *Patología quirúrgica*, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1987, 4.ª ed.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: *Problemi della responsabilità i del danno*, Torino, 1952.
- MORENO MADRID, Francisco: «La responsabilidad penal del médico», en *Bol. SPAO*, 6 (1), 2012, pp. 30 a 37.
- MORENO QUESADA, Benito: “Problemática de las obligaciones de hacer”, en *RDPriv*, 1976, pp. 467-502.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo y SUÁREZ LÓPEZ, José María: *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, 1.ª ed.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Responsabilidad civil del médico, Seguros y Responsabilidad Civil*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge y LERENZETTI, RICARDO: *Contratos médicos*, La Rocca, Buenos Aires, 1991.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, 8.ª ed.
- NAVARRO MICHEL, Mónica: «Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario», en *ADC*, Vol. LVI, Fasc., III, 2003, pp. 1197 a 1230.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: «Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica», en *AC*, núm. 1, 2001, pp. 1 a 29.

- OEUVRES DE POTHIER, Tome: *Traité du mandat*, Paris, 1821.
- OMERO: *La responsabilità professionale del radiólogo*, Ed. Trieste, Italia, 1959.
- ORKIN, Fredrick y COOPERMAN, Lee: *Complicaciones en anestesiología*, Ed. Salvat, Barcelona, 1986.
- PALOMARES BAYO, Magdalena Y LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, Javier: *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital: Análisis de la legislación Europea, Nacional y Autonómica, Estudio de su evolución jurisprudencial*, Ed., Comares, Granada, 2002.
- PEDREIRA ANDRADE, Antonio: *Responsabilidad del Personal Sanitario*, Ed. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid, 1995.
- PENNEAU, Jean: *La responsabilité médicale*, Ed. Sirey, Paris, 1977.
- PÉREZ DE LEAL, Rosana: *Responsabilidad civil del médico*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1995.
- PÉREZ GÁLVEZ, Francisco.: «La nueva dimensión de la historia clínica en el siglo XXI», en *AA*, núm. 36, 2003, pp. 857 a 882.
- PETER, Anne-Marie: *Arbeitsteilung im Krankenhaus aus Strafrechtlicher Sicht: Voraussetzungen und Grenzen des Vertrauensgrundsatzes*, Nomos Verlagsges, 1992.
- PIROVANO, Antoine: *Faute civile et faute pénale*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1966.
- PLAZA PENADÉS, Javier: *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial, núm. 7, Ed. Aranzadi, Navarra, 2002.
- PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo: *Responsabilidad médica. Proceso médico*, Discurso de contestación al leído por el Profesor Dr. Bonet

Ramón, el 27 de octubre de 1973, en la Real Academia de Jurisprudencia, RDProc, núm. 1975.

PRINCIGALLI, Anna: *La responsabilidad del medico*, Ed. Jovene, Napoli, 1983.

PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, vol. 1, Ed. Bosch, Barcelona, 1956, 1.^a ed.

REYES ALVARADO, Yesid: *Imputación objetiva*, Ed. Temis, Bogotá, DC, 1996, 2.^a ed.

RIBOT IGUALADA, Jordi: «Comentario a la STS, de 22 de julio de 2003. Cirugía estética. Intervención quirúrgica correctora de mamas con resultado de cicatrices antiestéticas. Responsabilidad contractual del cirujano», en *CCJC*, núm. 64, 2004, pp. 39 a 418.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la administración pública*, Ed. Editorial Práctica de Derecho, Madrid, 1998.

RODA GARCÍA, Luís y GALÁN CORTÉS, Julio César: «Las historias clínicas y su incorporación a los expedientes judiciales», en *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 33, 1997, pp. 599 a 606.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro: *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Ed. Bosch, Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción: «Medicina satisfactiva», en ORTÍ VALLEJO (dir.), GARCÍA GARNICA (coord.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos. Estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas*, Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 281 a 339.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio: «La responsabilidad penal en el equipo médico. División del trabajo sanitario y principio de confianza», en ADROHER BIOSCA/DE MONTALVO JÄÄKELÄINEN (dirs.), *Avances del Derecho ante los avances de la medicina*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 307 a 323.

--: *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2012.

ROMEO CASABONA, Carlos María: *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

--: *El medico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985.

--: *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006.

RUBIO SOTO, María y CONDE OLISAGASTI, Jesús: *Debate de jurisprudencia y lex artis*, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

RUIZ ABASCAL, Roberto: «Aspectos médico-legales de la consulta de la consulta de anestesia», en *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Madrid, 2009.

RUIZ JIMÉNEZ, Juana: «Derecho a la información y consentimiento informado», en VVAA, *Manual de Enfermería Legal y Forense*, DÍAZ DE SANTOS (dir.), 2.ª ed., 2012, pp. 135 a 158.

--: «La capacidad del menor», en VVAA, *Protección Jurídica del Menor*, Ed. Colex, Madrid, 2014, 3.ª ed., pp. 29 a 61.

RUMELIN, Max: *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf und Civilrecht (1900)*, Ed., Kessinger Publishing, 2010.

SÁNCHEZ CARO, Javier: «Consentimiento informado y salud», en GUERRERO ZAPLANA (dir.), *Salud pública y Derecho administrativo*, Cuadernos de derecho judicial V/2003, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 151 a 201.

SÁNCHEZ CARO, Javier y ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando: *Imprudencia y negligencia en la profesión médica*, Comares, Granada, 2001.

SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia: *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz: *La impropriadamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Ed. Tirant lo Blanck, Valencia, 2002.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón: *De los contratos civiles*, Ed. Porrúa, México, 1997, 3.^a ed.

SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2004, pp. 1 a 25.

SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1981.

--: «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», en *RDPriv*, T. LXVIII, 1984, pp. 643-681.

--: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, 7.^a ed.

SAVATIER, Rene: *Responsabilité médicales. Jurisclasseur de la responsabilité civile et des assurances*, T IV, 1951.

--: *L'évolution de la responsabilité du médecin anesthésiste*, Ed. Cahiers Laënic, Paris, 1969.

SAVATIER, Rene; AUBY, Jean-Marie y PEQUIGNOT, Henry: *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence Paris, 1951.

--: *Traité de Droit médical*, Librairies Techniques, Paris, 1956.

--: *Jurisclasseur de la Responsabilité civile et des assurances*, IV, Fasc. XXX, C, núm. 102.

--: *La théorie des obligations en droit privé économique*, Paris, 1979, 4.^a ed.

SAVATIER, Jean: *La profesión libérale. Étude juridique et pratique*, París, 1947.

- SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Clásico*, Traducido de Santa Cruz Teigeiro, Ed. Bosch, Barcelona, 1960.
- SCHWARTZ, Seymour; SHIRES, Tom; SPENCER, Franck: *Principios de cirugía*, Vol. I, Ed. Interamericana, México, 1989, 5.ª ed.
- SCHWARTZ, Seymour; SHIRES, Tom; SPENCER, Franck y, STORER, W: *Principios de cirugía*, Ed. Mc Graw-Hill, México, 1988.
- SEIJAS QUINTANA, José Antonio: «Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamiento», en *AC*, núm. 16, 1995, pp. 301 a 315.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: «Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del tribunal supremo», en *DS*, Vol. 2, núm. 1, 1994, pp. 39 a 58.
- : *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, Bosch, Barcelona, 1999.
- SIMÓN, LOURDA, Pablo: *El consentimiento informado*, Ed. Triacastela, Madrid, 2000.
- SISO MARTÍN, Juan: *Seguridad jurídica en la práctica clínica*, Madrid, 2007.
- SOUTO PAZ, José Antonio; PORRAS, Matilde y MARTÍNEZ, María del Carmen: *El consentimiento informado*, Congregación de las Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús, 1999.
- SNOW, John: *Manual de anestesia*, Ed. Manson-Salvat, Barcelona, 1994, 6.ª edición reimpressa de la 2.ª ed.
- STRATENWERTH: *Der Anaesthesia*, 1963.
- TARODO SORIA, Salvador: «La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano», en *DS*, Vol. 14, núm. 1, 2006, pp. 127 a 147.
- TORREGROSA, Samuel: Evaluación del riesgo operatorio, en «Actas del XXV Congreso Argentino de Anestesiología», Buenos Aires, 1995.

- TRIGO REPRESAS, Félix Albertoy STIGLITZ, Rubén: *El seguro contra la responsabilidad civil profesional de médico*, Ed. Astrea, Madrid, 1983.
- TRIMARCHI, Pietro: *Rischio e reponsabilita oggettiva*, Ed. Giuffré, Milano, 1961.
- TUNC, André: «Distincione delle obbligazioni di resultado e delle obbligazioni di diligenza», in *NRDComm*, 1947-1948, pp. 126 a 150.
- URRUELA MORA, Asier y ROMEO MALANDA, Sergio: «Tendencias actuales de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad penal médica», en *Revista de Derecho Penal*, núm. 34, 2011, pp. 35 a 74.
- URRUTIA, Deborah Myriam y CÉSAR AMÍLCAR, Gustavo Ariel: *Actualización de jurisprudencia sobre responsabilidad civil de los médicos*, LL, ejemplar del 22/7/91.
- URRUTIA, Debora Myriam; URRUTIA, Almicar; URRUTIA, César y URRUTIA, Gustavo: *Responsabilidad médico-legal de los anestésistas*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1996.
- VALLEJO JIMÉNEZ, Geovana Andrea: «Alcances del principio de confianza en la actividad médica», en *Revista Ratio Juris*, Vol. 9, núm. 19, 2014, pp. 53 a 76.
- : «El principio de la división de trabajo en equipo en la actividad sanitaria: La división de trabajo horizontal y vertical», en *Revista Holística Jurídica, Universidad de San Buenaventura Sección Medellín*, núm. 11, 2012, pp. 39 a 41.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto: *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*, Ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- : «Responsabilidad civil por pluri-participación médica o en ejercicio de la medicina en grupo», en *Thémis: Revista de Derecho*, núm. 38, 1998, pp. 211 a 229.

- VICENTE DOMINGO, Elena: «El daño», en *Tratado de responsabilidad civil* (coord.), Luis Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Vol. 1, 2008 (Parte General), pp. 301 a 443.
- VILAR, Fronsac: «L'évolution des responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste», en *RTDC*, 1974, pp. 739 y ss.
- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- VILLANUEVA LUPIÓN, Carmen: «El alivio de la carga de la prueba al paciente. Contornos de la doctrina del daño desproporcionado», en *La responsabilidad jurídico-sanitaria*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 131 a 181.
- VINEY, Geneviève: Les obligations. La responsabilité: conditions, en *Traité de Droit Civil*, de Ghestin, Paris, 1982.
- VISITINI, Giovanna: *La responsabilità contrattuale per incumplimento per fatto degli auxiliari*, Padova, 1965.
- : *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979.
- WEISSAUER: *La anestesia y la ley, tratado de anestesiología, reanimación y tratamiento intensivo*, Salvat, Barcelona, 1976.
- WIGNY: «Responsabilité contractuelle et forcé majeure», en *RTDC*, 1944, pp. 1 y ss.
- WIKINSI, Jaime y ARLÍA, Ricardo: «Algunas complicaciones anestésicas», en *Revista Argentina de Anestesiología*, Vol. 52, núm. 1, Buenos Aires, 1994, pp. 57 a 77.
- WILHELM, Dorothee: «Probleme der medizinischen Arbeitsteilung aus strafrechtlicher Sicht», in *Medizin Recht*, 2, 1983.
- : *Verantwortung und vertrauen bei arbeitsteilung in der medizin*, Deutschhund, 1984.

XIOL RÍOS, Juan Antonio y BASTIDA FREIJEDO, Francisco José: *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, Vol. I, Ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, 1.ª ed.

YEPES RESTREPO, Sergio: *La responsabilidad civil médica*, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, DC, 1999.

YUNGANO, Arturo Ricardo: *Responsabilidad profesional del médico*, Ed. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992, 2.ª ed.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel: *Contratos civiles*, Ed. Porrúa, México, 1981.

ZEPOS & CHRISTODOULOU: «Torts, professional liability», en *International Encycloedia of Comparative Law*, Vol. XI, cap. 6, pp. 11 y ss.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS ESPAÑOLAS

Tribunal Superior de Justicia

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, 18 de diciembre de 2000.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 3.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de febrero de 2000.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, de 31 de octubre de 2002.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala Contencioso-Administrativo, de 28 de noviembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de marzo de 2004.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sección 4.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de marzo de 2005.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, de 22 de mayo de 2007.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Cáceres), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de mayo de 2008.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 05 de junio de 2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sección 3.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Palma), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares (Palma), Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 02 de marzo de 2015.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de febrero de 1907.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de junio de 1907.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 08 de julio de 1927.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 09 de octubre de 1928.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de junio de 1929.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de febrero de 1936.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 07 de noviembre de 1940.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 18 de enero de 1941.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 04 de febrero de 1950.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 1950.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 1952.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de junio de 1960.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 09 de abril de 1963.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de abril de 1970.

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 10 de octubre de 1979.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de diciembre de 1979.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 26 de junio de 1980.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 10 de noviembre de 1980.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de abril de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 13 de octubre de 1981.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 19 de febrero de 1982.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de abril de 1982.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 11 de junio de 1982.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 24 de agosto de 1982.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de marzo de 1984.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 01 de febrero de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de enero de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de febrero de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de mayo de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1986.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de julio de 1987.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 22 de abril de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de junio de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de julio de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 17 de junio de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 17 de julio de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de agosto de 1989.

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 01 de diciembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 05 de febrero de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de febrero de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de febrero de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 14 de septiembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 06 de noviembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de diciembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 14 de febrero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de febrero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de marzo de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de abril de 1991.

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de septiembre de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de febrero de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 18 de septiembre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de octubre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 16 de octubre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 13 de noviembre de 1992.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de febrero de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de febrero de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 18 marzo de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 28 de marzo de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de mayo de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 07 de julio de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de noviembre de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 07 de diciembre de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de marzo de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, Sección 1.ª, de 25 de abril de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 26 de abril de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 04 de mayo de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de octubre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de septiembre de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de febrero de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil de 20 de febrero de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de mayo de 1995.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de febrero de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 08 de abril de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de julio de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 31 de julio de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de diciembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de diciembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de febrero de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 22 de abril de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 09 de junio de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de junio de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 21 de julio de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 28 de julio de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 02 de octubre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 03 de octubre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de noviembre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil de 13 de diciembre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de diciembre de 1997.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de febrero de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 05 de junio de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 28 de julio de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de julio de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de octubre de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 08 de septiembre de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 09 de diciembre de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de diciembre de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 28 de diciembre de 1998.

Sentencia el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 13 de abril de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 14 de abril de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 24 de mayo de 1999.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo civil, de 29 de junio de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de julio de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 09 de diciembre de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 04 de abril de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de septiembre de 2000.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 03 de octubre de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de octubre de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 12 de enero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 05 de febrero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 06 de febrero de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de abril de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de abril de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de mayo de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 14 de mayo de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de junio de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de julio de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 23 de octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 04 de febrero de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 02 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de lo Penal, de 19 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 31 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 14 de octubre de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de diciembre de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 31 de enero de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 14 de abril de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de mayo de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de junio de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sección, Única, de 22 de julio de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de julio de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de septiembre de 2003.

Sentencia de Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2003.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de febrero de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 26 de marzo de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de marzo de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 30 de marzo de 2004.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de abril de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 27 de mayo de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de junio de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 22 de junio de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de septiembre de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 18 de enero de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 23 de febrero de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 10 de marzo de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de marzo de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 20 de abril de 2005.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 09 de mayo de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de septiembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de septiembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 17 de noviembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 24 de noviembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 21 de diciembre de 2005.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 26 de enero de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 14 de febrero de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de febrero de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de marzo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 10 de mayo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de mayo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de junio de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de junio de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 06 de julio de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de julio de 2006.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 15 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de noviembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 05 de diciembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 18 de diciembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 21 de diciembre de 2006.

Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 26 de diciembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 23 de febrero de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 16 de abril de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 30 de abril de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 07 de mayo de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de mayo de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 25 de septiembre de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 19 de octubre de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 23 de enero de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 30 de enero de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 30 de junio de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso-Administrativa, de 18 de diciembre de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 29 de enero de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sala Contencioso-Administrativa, de 22 de septiembre de 2010.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 20 de enero de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 08 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª, de 20 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 29 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 26 de marzo de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de lo Civil, de 11 de abril de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 26 de mayo de 2015.

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 16 de julio de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 18 de febrero de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, de 08 de junio de 1988.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, de 29 de marzo de 1990.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Pleno, de 19 de diciembre de 1996.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, de 28 de marzo de 2011.

Audiencias Provinciales

Sentencias

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 28 de marzo de 1985.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 30 de abril de 1985.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 07 de julio de 1986.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección 1.ª, de 30 de marzo de 1990.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de julio de 1993.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 07 de octubre de 1993.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 14 de octubre de 1994.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 15 de febrero de 1996.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6.ª, de 20 de febrero de 1996.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección, 1.ª, de 08 de junio de 1997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, de 08 de noviembre de 1997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 25 de noviembre de 1997.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 29 de enero de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14.ª, de 23 de mayo de 1998.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10.ª, de 29 de marzo de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 3.ª, de 17 de diciembre de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 05 de enero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 1.ª, de 24 de febrero de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.ª, de 05 de abril de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.ª, de 12 de mayo de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de 16 de junio de 2000.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, de 29 de enero de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4ª, de 13 de febrero de 2001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 26 de febrero de 2003.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 07 de junio de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20.ª, de 22 de octubre de 2004.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 04 de mayo de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 17.ª, de 30 de septiembre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 29 de noviembre de 2005.

Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.ª, de 05 de septiembre de 2006.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.ª, de lo Penal, de 11 de mayo de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 06 de junio de 2007.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 4.ª, de lo Penal, de 28 de octubre de 2008.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 19 de diciembre de 2013.

Audiencias Nacionales

Sentencias

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, de 25 de febrero de 2004.

Tribunal Justicia

Sentencia del Tribunal de Justicia de Primera Instancia de Murcia, núm. 1, de 04 de abril de 2001.

Juzgado de lo Social

Sentencias

Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, de 09 de febrero de 2000.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS EXTRANJERAS

ARGENTINA

Sentencia de la Cámara Nacional Federal, Civil y Comercial, Sala 2.ª, de 30 de agosto de 1991.

Sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala L, de 25 de julio de 1994.

Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de 27 de agosto de 1996.

Sentencia argentina de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala 1.ª, de 19 de febrero de 1997.

Sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 10 de mayo de 1999.

Sentencia de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, de 19 de febrero de 2002.

Sentencia de la Cámara, 1.ª, de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba (Argentina), de 24 de marzo de 2003.

Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de 14 de septiembre de 2006.

Sentencia de Cuarta Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción, de 10 de junio de 2010.

Sentencia de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, de 4 de febrero de 2011.

Sentencias de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, de 27 de abril de 2011.

Sentencia de Quinta Cámara Civil de Apelaciones de la Provincia de Mendoza, Primera Circunscripción, de 31 de mayo de 2011.

Sentencia de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, de 30 de noviembre de 2011.

Sentencia Definitiva de Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, de 26 de febrero de 2013.

Sentencia de Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, de 11 de julio de 2013.

Sentencia de Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, de 23 de octubre de 2014.

Sentencia de Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, de 16 de diciembre de 2014.

Sentencia de Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, de 14 de septiembre de 2015.

ITALIA

Corte di cassazione

Cass., civ., sent. 20 de mayo de 1936.

Cass, civ., sent. 26 de julio de 1956.

Cass., civ., sent. 28 abril 1961.

Cass., civ., sent. 29 octubre 1968.

Cass., civ., sent. 26 enero 1970.

Cass., Civ., sent. 27 mayo 1970.

Cass., civ., sent. 04 enero 1974.

Cass., civ., sent. 08 enero 1975.

Corti d'appello

App. Venecia, 26 julio 1956.

App. Napoli, 1 julio 1972.

