

# InDret

## ***Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica***

***Comentario a la STS, 1ª, 29.11.2002  
Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz***

**Álvaro Luna Yerga  
Facultad de Derecho  
Universitat Pompeu Fabra**

**Working Paper nº: 141  
Barcelona, abril de 2003  
[www.indret.com](http://www.indret.com)**

### Abstract

*El caso resuelto por la STS, 1ª, 29.11.2002 (Ar. 10404) plantea algunos de los problemas más discutidos por la jurisprudencia y doctrina recientes en materia de responsabilidad civil médico-sanitaria en dos ámbitos diferenciados: en el procesal, la Sentencia acude a diversos principios y mecanismos procesales de facilitación de la prueba cuya aplicación concreta al caso plantea algunas dudas; en el sustantivo, la Sentencia sugiere la aplicabilidad del régimen de responsabilidad objetiva previsto por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para enjuiciar la responsabilidad individual de médicos y personal sanitario.*

### Sumario

1. [Los hechos](#)
2. [Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria y la distribución dinámica de la carga de la prueba](#)
3. [La doctrina de los daños desproporcionados](#)
4. [El régimen de responsabilidad objetiva de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#)
5. [Bibliografía](#)
6. [Tabla de sentencias citadas](#)

### **1. Los hechos**

El día 13 de noviembre de 1973, el cirujano demandado, quien trabajaba en la sanidad privada, extirpó al actor, de 34 años de edad, un meningocele, esto es, una protusión de las cubiertas de la médula que se produce a consecuencia de un defecto en la columna vertebral, que le comprimía las raíces sacras. Meses después el paciente presentó un estado febril y de malestar general, por lo que fue reintervenido por el mismo cirujano, que retiró un resto de gasa que había quedado en la zona operada durante la primera intervención. Tras esta segunda intervención le sobrevinieron al paciente unas secuelas irreversibles, no detalladas en la Sentencia, que dieron lugar a la declaración de incapacidad permanente absoluta para la realización de todo trabajo.

El actor reclamó al cirujano una indemnización de 240.404,84 € (40.000.000 ptas.) en concepto de responsabilidad civil contractual por los daños derivados del incumplimiento de la obligación esencial de prestar el cuidado médico correcta y adecuadamente nacida de contrato de arrendamiento de servicios.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid, de 2 de septiembre de 1994, desestimó la demanda. En el mismo sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª, de 17 de febrero de 1997, pues, pese a reconocer que en la primera intervención se produjo una omisión culpable -dejar un trozo de gasa en la zona operada-, consideró que no se había acreditado la relación de causalidad entre dicha omisión y el resultado dañoso. Asimismo, tampoco apreció la existencia de responsabilidad por la situación que padeció el demandante entre la primera y la segunda intervención, negligencia en esta última intervención ni relación de causalidad entre ésta y las secuelas.

La Sentencia del Tribunal Supremo, por su parte, estima el recurso de casación interpuesto por el actor, casa y anula las sentencias de instancia y condena al demandado a pagar 120.000 € (algo menos de 20.000.000 ptas.). El Tribunal Supremo derriba sucesivamente los tres defensas que impidieron la condena del cirujano demandado en la instancia:

1. Estima la concurrencia de relación de causalidad con base en la doctrina de la disponibilidad y facilidad probatoria. Así, considera que el médico demandado no ha «acreditado, ni justificado, ni prácticamente alegado, que [las] secuelas y, en definitiva, [la] incapacidad tuviera una causa ajena a la actuación médica»:

«Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios

médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión» (F. D. 3º).

2. Tiene por acreditada la negligencia del facultativo demandado en el desempeño de su actividad con base en la doctrina jurisprudencial de los daños desproporcionados, que identifica con instrumentos probatorios importados de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno:

«[E]l resultado que se ha producido, ni se había advertido al paciente, demandante (lo que ni se ha alegado siquiera), ni lo había consentido, ni lo había previsto; con lo cual se reitera la doctrina de esta Sala sobre el daño desproporcionado (...) del que se desprende la culpabilidad del autor (...) que (...) corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) (...) angloamericana, y a la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual)» (F. D. 3º).

3. Finalmente, apunta un estándar de responsabilidad objetiva en la actividad médica al afirmar la aplicabilidad del régimen de responsabilidad previsto en el [art. 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios](#) (LGDCU):

«[A] mayor abundamiento, se reitera asimismo la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido proclamada por esta Sala desde las sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997 y lo reitera y resume, entre otras muchas, la de 9 de diciembre de 1998 que dice: “... demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (arts. 25 y ss.)» (F. D. 3º).

El caso plantea, a un tiempo, consideraciones de índole procesal, referentes a los principios e instrumentos procesales a que pueden acudir Jueces y Magistrados para facilitar a la víctima la prueba de los elementos constitutivos de su pretensión; y de carácter sustantivo, referentes a la posibilidad de aplicar el régimen de responsabilidad objetiva previsto en la LGDCU a la responsabilidad personal de médicos y personal sanitario.

## ***2. Los principios de disponibilidad y facilidad probatoria y la distribución dinámica de la carga de la prueba***

La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria ha sido considerada una prueba diabólica en numerosas ocasiones por cuanto la asimetría de la información y, en mayor medida, la posición privilegiada de los profesionales sanitarios para acceder a ésta,

impiden con frecuencia al paciente hacerse una correcta representación de lo realmente acontecido. A ello contribuía la regulación de la carga de la prueba del derogado [art. 1214 CC](#), que conforme a la jurisprudencia y doctrina mayoritarias atribuía a la parte demandante la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión y a la demandada la de los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la misma:

«Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone».

Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo suavizó estos rígidos criterios sobre carga de la prueba mediante la adopción de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, que han adquirido rango legal con la entrada en vigor de la [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil \(LEC\)](#). Así, el [art. 217 LEC](#), en que hoy se regula la carga de la prueba, dispone en su apartado 6:

«Para la aplicación de [las reglas sobre carga probatoria de este artículo] el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

El Tribunal Supremo ha aplicado estos principios, entre otras, en las SSTs, 1ª, 2.12.1996 (Ar. 8938) –paciente sufre graves secuelas a consecuencia de anoxia cerebral derivada de una fuerte hemorragia que le sobrevino después de dar a luz con aparente normalidad-; 28.7.1997 (Ar. 5954) –paciente reintervenida para eliminar la estenosis que padeció en un uréter que fue seccionado en una intervención anterior-; o 6.2.2001 (Ar. 2233) –paciente fallece por infarto de miocardio que no fue detectado por el servicio de urgencias al que había acudido dos veces en menos de tres horas debido a un intenso dolor en el pecho-.

De este modo, la LEC ordena a Jueces y Magistrados tener presente estos principios procesales que atienden a la posición probatoria de las partes en el proceso y, en particular, al hecho de que una de ellas disponga en exclusiva de un medio de prueba de interés para el proceso y, por tanto, resulte imposible a la contraparte acceder a él, o a la mayor facilidad con que una de ellas puede aportar una determinada prueba. En ambos casos se atribuye la prueba, en función de los costes de presentarla para cada una de las partes, al que podemos denominar *cheapest information provider*, esto es, quien puede presentarla a menor coste. El paralelismo con el concepto de *cheapest cost avoider* acuñado por CALABRESI (1970) es evidente.

Así, si suponemos que las partes sólo presentarán prueba si ésta satisface sus pretensiones y que conforme a los principios jurisprudenciales examinados se asigna la carga probatoria de manera que los costes de producir la prueba del hecho que se trata de demostrar (en nuestro caso, la concurrencia de relación de causalidad) resulten minimizados, resultará eficiente atribuir al demandado la carga de la prueba de un hecho (X) cuando la probabilidad (P) de que X haya ocurrido multiplicada por sus costes de presentar la prueba (C<sub>a</sub>) sean inferiores a la probabilidad de que X no haya ocurrido (esto es, ~X) multiplicada por los costes para la parte contraria (C<sub>a</sub>) de probar que X efectivamente no ocurrió (HAY/SPIER, 1997, pág. 423).

Así, ocurrido un daño (Y), deberá asignarse la prueba al demandado si:

$$P(Y/X) \cdot P(X) \cdot C_a > P(Y/\sim X) \cdot P(\sim X) \cdot C_d$$

En caso contrario, esto es, cuando:

$$P(Y/X) \cdot P(X) \cdot C_a < P(Y/\sim X) \cdot P(\sim X) \cdot C_d$$

la carga de la prueba deberá asignarse al demandante.

En la Sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Supremo acude a estos principios procesales para facilitar al demandante su carga probatoria, lo que determina que sea el cirujano demandado quien deba aportar la prueba de que su actuación no constituyó la causa del daño, dada su mayor facilidad para acreditarla o, en su caso, su disponibilidad sobre los medios de prueba.

No obstante, la aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria no invierte la carga de la prueba en perjuicio de la parte que podría producirla en el proceso a menor coste. Aunque materialmente el resultado será, en muchos casos, idéntico, formalmente la aplicación de estos principios se identifica con lo que ha venido en llamarse distribución dinámica de la carga de la prueba, que consiste precisamente en atribuir la carga de la prueba a aquella parte procesal que, en cada fase del periodo probatorio, se encuentre en mejor posición para producirla en el proceso (LLAMAS POMBO, 2000, pág. 313), con alguna salvedad. En efecto, en la distribución dinámica de la carga de la prueba, ésta se distribuye directamente en función de los principios mencionados al inicio del periodo probatorio. Por el contrario, tanto en la aplicación jurisprudencial de estos principios por parte del Tribunal Supremo como en su recepción posterior por el art. 217.6 LEC, la distribución de los hechos a probar se realiza de un modo indirecto; es decir, se atribuyen las consecuencias desfavorables de la falta de acreditación de un hecho, en sentido positivo o negativo (piénsese en culpa y diligencia), a la parte que conforme a los principios enunciados podía haber producido la prueba a menor coste, bien porque disponía de ella, bien porque gozaba de un más fácil acceso a la misma. De este modo, se induce claramente a la parte demandada a presentar prueba en estos casos, pues el hecho de no presentarla podría ser considerado el hecho base de una presunción judicial (anteriormente regulada en el [art. 1253 CC](#), sustituido por el [art. 386 LEC](#)) que permitiría inducir su culpa o negligencia, y que ésta fue la causa del daño ocurrido, de la negativa a aportar la prueba de los hechos cuando su producción en el proceso le resulte menos costosa.

El art. 386.1 LEC dispone:

«A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Conforme a lo anterior, por tanto, bajo determinadas circunstancias el juzgador podría inducir de la negativa del demandado a producir una determinada prueba en el proceso que ésta habría puesto de manifiesto que causó el daño, señaladamente, cuando el demandado se hubiera hallado

en una mejor posición probatoria o cuando se trate de una prueba que posee en exclusiva y, por tanto, es de imposible acceso para la contraparte.

### ***3. La doctrina de los daños desproporcionados***

Junto con los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, Jueces y Magistrados han recurrido en los últimos años a otros instrumentos procesales para facilitar a la víctima de un daño sucedido como consecuencia de una intervención médica u hospitalaria la prueba de la culpa y, en particular, a la doctrina de los daños desproporcionados. Conforme a esta doctrina, que se inició con la STS, 1ª, 2.12.1996 (Ar. 8938) ya citada:

«[N]o 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» (FD. 3º).

El Tribunal Supremo, a partir de la STS, 1ª, 9.12.1998 (Ar. 9427) –paciente intervenida de juanetes fallece a consecuencia de tétanos postquirúrgico-, cuyos argumentos reiteran las SSTS, 1ª, 29.6.1999 (Ar. 4895) –paciente sometida a colecistectomía fallece a consecuencia de parada cardiorespiratoria-, 9.12.1999 (Ar. 8173) –paciente intervenida de cataratas sufre la evisceración de un ojo debido a una infección postquirúrgica- y la propia sentencia objeto de estudio, identifica con carácter general la doctrina de los daños desproporcionados con la regla *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* y la culpa virtual.

Estos instrumentos probatorios tienen en común el constituir supuestos particulares de presunciones judiciales cualificadas (DÍAZ-REGAÑÓN, 1996, *passim*) que pueden ser invocadas como un tipo de prueba circunstancial, basada en un razonamiento lógico, en favor del demandante que no tiene conocimiento, o éste es insuficiente, sobre cómo ocurrió un daño. De este modo, ante sucesos que no ocurren normalmente salvo cuando interviene negligencia, estos instrumentos permiten confiar en el daño y en las circunstancias que lo rodean para inducir de su mera existencia u ordinaria ocurrencia la culpa del demandado, lo que sucederá por definición cuanto menos intrínsecamente peligrosa sea la actividad médico-sanitaria que causó el daño (GÓMEZ POMAR, 2001, pág. 15).

No obstante, equiparar sin más la doctrina de los daños desproporcionados con el resto de instrumentos apuntados no parece correcto. En efecto, como ha criticado con razón la doctrina, no queda claro qué debe entenderse por desproporción del daño, es decir, si equivale simplemente a un daño muy grave, significativo o catastrófico, o si equivale a un resultado anormal conforme a lo que es usual (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2001, pág. 109). En este segundo supuesto las máximas de experiencia permitirían presumir la culpa de modo parecido al resto de instrumentos de facilitación de la prueba, mas no está claro que la mera producción de un daño muy grave presuponga la existencia de culpa médica.

La aplicación de la doctrina de los daños desproporcionados en el primero de los supuestos sin otras consideraciones, por tanto, propiciaría la condena del facultativo, abstracción hecha de la culpa, por la mera producción del resultado.

Otros dos motivos se suman al anterior. En primer lugar, existen diferencias entre ellos derivadas principalmente de su aplicación jurisprudencial en sus ordenamientos jurídicos de origen que aconsejan su estudio por separado. En segundo lugar, en lo que aquí nos interesa, el modo en que se desarrolla el razonamiento presuntivo en la doctrina de los daños desproporcionados se compadece mejor con el que se produce en la aplicación de la culpa virtual, pues viene a consistir en un argumento a contrario según el cual no podría haberse dado un resultado tan desproporcionado de no haber mediado culpa o negligencia (PENNEAU, 1977, pág. 80). Así se pone de manifiesto en la STS, 1ª, 12.12.1998 (Ar. 9431), que resuelve un caso en que la esposa del actor, que debía someterse a una intervención quirúrgica, sufrió una hipotensión 0 con privación de oxígeno al cerebro durante la fase anestésica que le provocó una tetraplejia espástica con síndromes de descerebración. En el caso, el Tribunal Supremo identifica la desproporción del resultado exclusivamente con la teoría de la culpa virtual.

Además, no está claro, a la vista de la jurisprudencia comparada y con base en los escasos datos que se contienen en la Sentencia, que la actuación médica fuera negligente. En determinadas circunstancias no concurre ninguna máxima de experiencia que indique la culpa del médico, puesto que incluso al más diligente de los médicos se le pueden descuidar, en intervenciones particularmente complicadas, pequeños restos de gasa u otros objetos de pequeño tamaño.

Cuestión diferente es que, como sucedió en el caso resuelto por la SAP de Barcelona, Sección 10ª, 20.3.2003 (Ar. 367), que condenó a una ginecóloga como autora de una falta de lesiones por imprudencia leve por haber dejado olvidada una gasa en la cavidad abdominal de su paciente durante la práctica de una cesárea, el descuido se produzca por el incumplimiento del deber básico de contar, y contar bien, las gasas empleadas en la intervención al finalizar ésta.

Así, deben tenerse en cuenta el estado de los conocimientos y los avances de la ciencia médica en el momento en que tuvo lugar la intervención en cuanto a la posibilidad de detectar el cuerpo extraño o restos del mismo que hubieran podido quedar alojados en el interior del paciente. En estos casos, la no adopción de los medios técnicos oportunos para detectarlos constituye una infracción de la *lex artis* susceptible de dar lugar a una declaración de responsabilidad.

Los hechos del caso se corresponden básicamente con los de la Sentencia del Tribunal Supremo federal alemán (*Bundesgerichtshof*) de 10 de julio de 1956, en que resultó de aplicación la prueba *prima facie* o *Anscheinsbeweis* y que todavía hoy constituye una referencia básica en la materia. En el caso, a la paciente, de 17 años de edad, hubo de serle practicada una mastectomía de pecho derecho debido a que, durante una primera intervención practicada 2 años antes para extirpar un tumor, habían quedado en la zona operada restos de apósitos que impidieron su curación. Mas el descuido de cuerpos extraños en el interior de un paciente que ha sido intervenido quirúrgicamente no implica necesariamente un error de tratamiento en que intervenga la culpa del médico. En este sentido se había manifestado el *Bundesgerichtshof* (entre otras, en Sentencia de 13 de diciembre de 1951), que estableció que se debe atender a las particulares circunstancias del caso concreto, como el tipo y el tamaño del cuerpo extraño olvidado y las circunstancias en que transcurrió la intervención (por ejemplo, si se produjo una fuerte hemorragia o se procedió a una

reanimación cardíaca). Así, en el descuido de objetos de considerable tamaño, como una pinza, la prueba *prima facie* conduce claramente a inducir la culpa del médico. Sin embargo, si sólo permanecen pequeños restos de apósitos, gasas o tampones en la herida, la prueba *prima facie*, en determinados casos, sólo permitiría constatar de manera indubitada que efectivamente fueron olvidados por el médico que intervino al paciente, esto es, la relación de causalidad.

Los anteriores supuestos guardan una gran semejanza con el resuelto por la STS, 1ª, 26.9.1997 (Ar. 6458) y concuerdan con el criterio adoptado en su resolución. En el caso, a la paciente le fue extirpado un mioma localizado en un ovario y en el transcurso de la operación se desprendió un tornillo de 4 x 3 mm de un retractor, que quedó alojado en la zona afectada. La presencia del tornillo por más de tres años fue la causa de que hubiera de practicarse una histerectomía con doble anexectomía a la paciente. Tanto en la en las sentencias de instancia como en casación se absolvió a los médicos y se condenó al INSALUD por no haber conservado el material quirúrgico con la «exquisita atención o diligencia» exigible, ya que si el tornillo se desprendió debió ser a causa de fatiga de los materiales, lo que hubiera hecho preciso la sustitución de aquel aparato. Es de advertir que detectar objetos metálicos en el cuerpo de un paciente es tarea sencilla que puede llevarse a cabo con una simple radiografía, mas no parece razonable exigir en en todo caso a los facultativos un nivel de diligencia semejante.

La cuestión se planteó en términos algo distintos en la STS, 1ª, 26.12.1996 (Ar. 9222), que resuelve un caso en que una gasa que quedó olvidada en la cavidad abdominal del paciente tras una intervención quirúrgica le causó un absceso que provocó su muerte. La Sentencia de la Audiencia Provincial revocó la desestimatoria del Juzgado, absolvió a los facultativos demandados y condenó al INSALUD a pagar 60.101,21 € (10.000.000 ptas.) a su viuda. La Sentencia del Tribunal Supremo confirmó la de Audiencia con base en el régimen de responsabilidad objetiva de los [arts. 139 y ss. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común](#) (Ley 30/1992). El aquietamiento de la parte actora con respecto a la absolución de los facultativos en la instancia impide conocer, pues ninguna referencia se contiene en la Sentencia de casación, en qué se fundamentó la exclusión de su negligencia.

La Sentencia omite algunos datos esenciales, tales como los referentes a las circunstancias en que transcurrieron ambas intervenciones quirúrgicas así como la cantidad y tamaño de los restos de gasa que quedaron olvidados en la zona intervenida, o si las secuelas que padeció el demandante se deben al hecho de que permanecieron los restos de gasa por espacio de un año en la zona intervenida o a la práctica defectuosa de la segunda intervención quirúrgica, lo que impide formarse una correcta representación de lo realmente acontecido. Ello no obstante, si bien parece evidente que existe algún nexo causal entre la conducta del médico demandado y las secuelas que padece el demandante, no lo es tanto que, a la vista de las consideraciones precedentes, pueda afirmarse de manera tan rotunda la culpabilidad del demandado.

#### ***4. El régimen de responsabilidad objetiva de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios***

Acaso la cuestión más controvertida de las reseñadas anteriormente sea la referente a la eventual aplicación de la LGDCU y, en concreto, el régimen de responsabilidad objetiva previsto en su art. 28.2 para los «servicios sanitarios», a la responsabilidad individual de

médicos y –por extensión- personal sanitario, posibilidad que contempla la Sentencia a modo de *obiter dictum*. En efecto, conforme a la jurisprudencia y doctrina mayoritarias dicho régimen de responsabilidad resulta de aplicación exclusiva a los centros sanitarios en que fue prestada la asistencia sanitaria que, a la postre, causó un daño al paciente, mas no a los médicos o personal sanitario, cuya responsabilidad se examina con base en un estándar de diligencia (ASÚA GONZÁLEZ, 2000, pág. 277 y SEUBA TORREBLANCA, 2002, pág. 260; *cf.* PANIZA FULLANA, 1999, pág. 83 y GÓMEZ CALLE, 1998, pág. 1755).

Con la reforma del art. 144 Ley 30/1992, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, la responsabilidad de la Administración en las relaciones regidas por el derecho privado debe ser exigida según las normas de la propia Ley 30/1992, que establece asimismo un régimen de responsabilidad objetiva (art. 139). Por lo tanto, y pese a que el art. 1 LGDCU, que dispone su aplicabilidad a las Administraciones Públicas, no ha sido derogado expresamente, cabe entender que el régimen de responsabilidad objetiva a qué somete los servicios sanitarios el art. 28 LGDCU sólo es predicable de los privados.

La aplicabilidad del régimen de responsabilidad objetiva del art. 28.2 LGDCU a las reclamaciones por responsabilidad civil médico-sanitaria ha sido una cuestión muy debatida en la jurisprudencia, que sólo a partir de la STS, 1ª, 11.2.1998 (Ar. 707), que resuelve un caso en que a la actora se le había inoculado el virus del SIDA a consecuencia de una transfusión de sangre contaminada en un hospital dependiente del INSALUD, admitió su plena aplicación a los servicios sanitarios.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha valorado la responsabilidad de centros sanitarios, públicos y privados, conforme al estándar de responsabilidad objetiva de la LGDCU, entre otras, en las SSTs, 1ª, 9.6.1998 (A. 3717), que resuelve un caso en que la paciente sufrió un shock anafiláctico durante una intervención en el oído a consecuencia de la anestesia que la dejó en coma hasta el día de su muerte; 30.12.1999 (A. 9752), en otro en que a una paciente se le inoculó el VIH durante una intervención de histerectomía, o 29.6.1999 (A. 4895), ya comentada.

Conforme a esta misma jurisprudencia, sin embargo, este régimen de responsabilidad no alcanza a los médicos, pues las obligaciones de medios de que son deudores con carácter general (sólo se excepcionan los casos de medicina voluntaria o satisfactiva) no pueden ser valoradas desde un criterio de responsabilidad objetiva.

En efecto, desde la STS, 1ª, 26.5.1986 (Ar. 2824), que absolvió al cirujano que había intervenido de úlcera duodenal grave al esposo de la actora, que falleció días después a consecuencia de peritonitis aguda purulenta, el Tribunal Supremo aplica la distinción entre obligaciones de medios y de resultado a la responsabilidad civil médico-sanitaria. Conforme a esta distinción, que según la jurisprudencia resulta de aplicación tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, la obligación médica, con carácter general, es de medios, no de resultado, por lo que el médico se obliga a desarrollar una actividad diligente conforme a la *lex artis*, mas no a obtener en todo caso la recuperación del paciente.

En ninguna de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la materia ni, en particular, en las cinco Sentencias anteriores en que se recoge el mismo fundamento jurídico –en algún caso, literalmente-, el art. 28.2 LGDCU constituyó el fundamento de la

eventual condena de los facultativos o personal sanitario demandados sino que se aplicó exclusivamente para fundamentar la responsabilidad civil del centro sanitario conjunta o individualmente demandado.

Las Sentencias son las siguientes: SSTS, 1ª, 1.7.1997 (Ar. 5471) –amputación de pierna a paciente a consecuencia de infección hospitalaria por *pseudomonas aeruginosa*-; 21.7.1997 (Ar. 5523) – amputación de pierna a paciente a consecuencia de infección hospitalaria por *clostridium*-; 18.6.1998 (Ar. 5290) –paciente muere a consecuencia de *shock* séptico causado por infección hospitalaria por *pseudomonas aeruginosa*-; 9.12.1998 (Ar. 9427) –paciente muere a consecuencia de tétanos grave postquirúrgico secundario a intervención de juanetes-; y 30.12.1999 (Ar. 9496) – paciente a quien erróneamente se le diagnostica una infección urinaria fallece a consecuencia de peritonitis-.

Someter a los médicos y personal sanitario a un régimen de responsabilidad objetiva por la mera causación de un daño no parece adecuado, con carácter general, por varios motivos de diverso calado. En el plano estrictamente jurídico, se contradice la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, conforme a la cual la obligación del médico es una obligación de medios que, por definición, sólo puede ser examinada con base en un estándar de negligencia, y supone equiparar, a efectos de la responsabilidad, a los centros sanitarios y al personal a su servicio. Con ello, además, se dispensa un diferente tratamiento jurídico a realidades sustancialmente idénticas, esto es, se valoran de diferente manera las responsabilidades de facultativos y personal sanitario de la medicina privada y pública. En efecto, la responsabilidad civil de estos últimos profesionales sólo puede ser exigida, con carácter general, por la Administración Pública en vía de regreso cuando hubieran incurrido en dolo o culpa grave, lo que excluye su responsabilidad para la mayor parte de casos en que su conducta no sea constitutiva de delito.

No puede desconocerse, además, que un sistema de responsabilidad civil médico-sanitaria en que el profesional sanitario hubiera de responder con independencia de la diligencia desplegada en su actuación o, acaso, cuya negligencia se presumiera y le correspondiera la prueba de su correcta actuación, conduciría a un incremento de la medicina defensiva. Los problemas que plantea la medicina defensiva pueden ser fácilmente reducidos a dos: en primer lugar, una abstención del profesional sanitario de actuar en casos complicados, esto es, aquellos en que el índice de fracasos del tratamiento o de accidentes médicos sea elevado, con independencia de la diligencia empleada; en segundo lugar, la medicina defensiva comporta sobreprevención, al destinar mayores recursos de los socialmente óptimos al diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Con todo, los problemas que plantea la medicina defensiva tendrían un alcance limitado en nuestro país, dado el predominio de nuestro sistema público de salud.

La secuela de la Sentencia objeto de este comentario no se ha hecho esperar. La [STS, 1ª, 31.1.2003](#), ponencia también del Magistrado Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, ha dado un paso más y en el Fundamento de Derecho 2º, en respuesta al motivo 3º del recurso de casación, en que se alegaba infracción de ley por inaplicación de los arts. 26 y 28 LGDCU, ha declarado la aplicabilidad del régimen de responsabilidad objetiva de la LGDCU a la responsabilidad individual de los médicos y, con ello, sentado un controvertido precedente.

En el caso, el actor sufrió incontinencia anal parcial como consecuencia de una intervención de hemorroides sangrantes y fisura anal. Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Bilbao (12.6.1995) como la de la Audiencia Provincial de Vizcaya (17.3.1997) desestimaron la demanda interpuesta contra el cirujano. La Sentencia del Tribunal Supremo, por el contrario, estima el recurso de casación y condena al cirujano demandado a pagar 120.000 €. Ciertamente, la Sentencia del Tribunal Supremo, a diferencia de las de instancia, tiene por probada –de manera discutible– la culpa médica con base en la desproporción del daño y la relación de causalidad con base en los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, por lo que en buena técnica procesal no es necesario acudir a otros fundamentos jurídicos. Recurrir ulteriormente al art. 28 LGDCU en apoyo de la decisión parece, además, incorrecto, pues difícilmente puede fundarse una condena al mismo tiempo en la responsabilidad objetiva y por culpa del causante del daño.

La respuesta a esta Sentencia se incluye en la misma a modo de voto particular que formula el Magistrado Francisco MARÍN CASTÁN, que en lo que respecta a la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva de la LGDCU a la responsabilidad individual de médicos defiende alguno de los argumentos indicados arriba y rechaza tal posibilidad por los siguientes motivos:

1. La jurisprudencia rechaza la responsabilidad objetiva del profesional de la medicina con base en la configuración de su prestación, a excepción de los casos de medicina voluntaria o satisfactiva, como obligación de medios.
2. La aplicación simultánea del art. 28 LGDCU y el art. 1902 CC es de difícil justificación, pues ello conduce a sostener de manera contradictoria que la responsabilidad del médico es, a un tiempo, objetiva y por culpa.
3. Es dudoso que la expresión «servicios sanitarios» del art. 28.2 LGDCU comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e incluso que, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse sin más de objetiva: si se relaciona el citado apartado 2 del art. 28 LGDCU con el apartado 1 quedan aún por identificar adecuadamente tanto «la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación» como los «controles de calidad» que el médico o cirujano demandado hubiera desconocido en su intervención.
4. Desde un punto de vista de justicia material, la aplicación del art. 28 LGDCU a la responsabilidad individual de los profesionales de la medicina implica medir por el mismo rasero al médico diligente que al negligente.

Con todo, las observaciones anteriores no prejuzgan la bondad de una regla de responsabilidad objetiva como la propuesta. En efecto, conforme a la teoría económica, una regla de responsabilidad objetiva tiene la ventaja frente a otra de responsabilidad por culpa de inducir al agente eventual causante de un daño a adoptar el nivel de actividad óptimo, lo que resulta especialmente relevante en aquellos casos en que la actividad sea intrínsecamente peligrosa, en que el daño esperado es importante pese a la adopción del nivel de diligencia adecuado (GÓMEZ POMAR, 2001, pág. 3). Para esta clase de actividades,

siempre que el facultativo tenga el poder de decisión sobre el nivel de actividad, la regla presenta ventajas claras. No está claro, además, que una regla de responsabilidad objetiva sea algo tan distinto de una de responsabilidad por culpa, dado que el juicio sobre la negligencia se reproduce en sede de imputación objetiva (SALVADOR CODERCH, 2002, pág. 6). El discurso, por tanto, se traslada al terreno de la oportunidad política de favorecer la compensación de las víctimas de un daño consecuencia de una actividad médica u hospitalaria a costa de un más que probable incremento del coste de estos servicios como consecuencia de incorporar en éste el incremento de las primas de los seguros de responsabilidad civil.

## 5. Bibliografía

Guido CALABRESI, *The Costs of Accidents: a Legal and Economic Analysis*, London, Yale University Press, 1970.

Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y derecho*, Pamplona, Aranzadi, 1996.

Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, en Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ y Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Madrid, Dykinson, 2001, págs. 103-120.

Esther GÓMEZ CALLE, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, en *Anuario de Derecho Civil*, nº 51, 1998, págs. 1693-1767.

Fernando GÓMEZ POMAR, “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”, *InDret 1/2001*, enero-marzo (<http://www.indret.com>)

Bruce L. HAY y Kathryn E. SPIER, “Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective”, en *Journal of Legal Studies*, nº 26, 1997, págs. 413-432.

Eugenio LLAMAS POMBO, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ (Coord.), *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, págs. 297-319.

Antonia PANIZA FULLANA, “Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores. Aplicación del artículo 28 de la LGDCU a un supuesto de responsabilidad sanitaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998”, en *Revista General de Derecho*, enero-febrero 1999, págs. 75-85.

Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Paris, Sirey, 1977.

Pablo SALVADOR CODERCH, “Causalidad y responsabilidad, 2ª edición”, *InDret* 3/2002, julio-septiembre (<http://www.indret.com>).

Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas. Respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis*, Madrid, Civitas, 2002.

## 6. Tabla de sentencias citadas

### *Sentencias del Tribunal Supremo español*

<b>Sala y Fecha</b>	<b>Ar.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
1ª, 26.05.1986	2824	Jaime Santos Briz	Josefa M. S. c. José M. A.
1ª, 02.12.1996	8938	José Almagro Nosete	Manuel N. A. c. Daniel M. C. y “Sanatorio de Begoña, SA”
1ª, 26.12.1996	9222	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	Ana María G. C. c. Enrique S. C., Antonio G. D., Manuel H. P. y SAS
1ª, 01.07.1997	5471	José Almagro Nosete	Juan José R. A. c. Agustín C. Q. e INSALUD
1ª, 21.07.1997	5523	Xavier O’Callaghan Muñoz	María del Carmen V. G. c. INSALUD
1ª, 28.07.1997	5954	José Almagro Nosete	Isabel A. M. c. Servicio Valenciano de Salud, INSALUD y otros
1ª, 26.09.1997	6458	Luis Martínez-Calcerrada Gómez	María Josefa A. P. c. Heraclio M., Ernesto F., Pablo R. e INSALUD
1ª, 11.02.1998	707	Antonio Gullón Ballesteros	María del Pilar H. c. Leoncio M., INSALUD y Ministerio de Sanidad
1ª, 09.06.1998	3717	José Almagro Nosete	Agustín H. R. c. Servicio Andaluz de Salud y Felipe R. A.
1ª, 18.06.1998	5290	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Ángeles R. T. y otros c. Servicio Catalán de Salud
1ª, 09.12.1998	9427	Xavier O’Callaghan Muñoz	Atilano R. P. c. “Congregación de las Hermanas H.”, Juan María C. S., Rodolfo José M. P. y “Mutua G. de Seguros”
1ª, 12.12.1998	9431	Alfonso Villagómez Rodil	D. Jaime C. M., esposa e hijos c. Florencio V. S. “Clínica Planas, SA” y otros
1ª, 29.06.1999	4895	Xavier O’Callaghan Muñoz	Clara Isabel M. D. y Mª Eugenia M. D. c. Jesús M. A., Enrique Daría L. F., Rafael S. E. e INSALUD
1ª, 09.12.1999	8173	Román García Varela	Antonia J. J. c. Miguel G. de la L., jefe de oftalmología y subdirector médico del Hospital Provincial Regional de Córdoba, gerente del Hospital Universitario Regional “Reina Sofía” y SAS
1ª, 30.12.1999	9496	José Almagro Nosete	Pedro C. M. y Ana María C. L. c. Ernesto E. Ch., María del Carmen P. M., INSALUD y Servicio Valenciano de Salud (SERVAS)
1ª, 30.12.1999	9752	Pedro González Poveda	Carmen M. S. c. SAS, Ángel O. M., Diego S. M. y Ángel G. S.
1ª, 05.02.2001	541	Francisco Marín Castán	Amaia D. G. c. Marina S. L., Raquel María G.

			R., Idoia T. E., Centro de Atención Primaria-Ambulatorio de Otxarkoaga, Osakidetza, “Cresa Aseguradora Ibérica, SA” y “Aurora Polar, SA”
1ª, 06.02.2001	2233	Antonio Romero Lorenzo	Francisca R. V. c. SAS
1ª, 19.07.2001	5561	José Ramón Vázquez Sandez	Genoveva V. F. c. Rodolfo B. V. y “Servicios Clínicos, SA”
1ª, 29.11.2002	10404	Xavier O’Callaghan Muñoz	Fernando M. V. c. José Román B. S.
1ª, 31.01.2003		Xavier O’Callaghan Muñoz	Ramón O. c. Santiago A.

***Sentencias de las Audiencias Provinciales***

<b>Sala, fecha y Audiencia</b>	<b>Ar.</b>	<b>Magistrado Ponente</b>	<b>Partes</b>
Penal, 20.03.2002, Barcelona	367	José María Pijuán Canadell	Cristina F. M. c. Beatriz P. G.

***Sentencias del Tribunal Supremo federal alemán (Bundesgerichtshof)***

<b>Fecha</b>	<b>Referencia</b>
BGH, 13.12.1951	BGHZ 4, pág. 138
BGH, 10.07.1956	VersR 1956, pág. 577