

# InDret

## ***Oblit d'una gasa durant una intervenció quirúrgica***

***Comentari a la STS, 1a, 29.11.2002***  
***Ponent: Xavier O'Callaghan Muñoz***

**Álvaro Luna Yerga**  
**Facultat de Dret**  
**Universitat Pompeu Fabra**

**Working Paper núm: 141**  
**Barcelona, abril de 2003**  
[www.indret.com](http://www.indret.com)

### ***Abstract***

El cas resolt per la [STS, 1a, 29.11.2002](#) (Ar. 10404) planteja alguns dels problemes més discutits per la jurisprudència i la doctrina recents en matèria de responsabilitat civil medicosanitària en dos àmbits diferenciats: el processal, ja que la Sentència utilitza diversos principis i mecanismes processals de facilitació de la prova l'aplicació dels quals al cas concret planteja alguns dubtes; i el substantiu, perquè la Sentència suggereix l'aplicabilitat del règim de responsabilitat objectiva previst per la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris per jutjar la responsabilitat individual dels metges i del personal sanitari.

### ***Sumari***

1. [Els fets](#)
2. [Els principis de disponibilitat i de facilitat probatòria i la distribució dinàmica de la càrrega de la prova](#)
3. [La doctrina dels danys desproporcionats](#)
4. [El règim de responsabilitat objectiva de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris](#)
5. [Bibliografia](#)
6. [Taula de sentències citades](#)

## 1. Els fets

El 13 de novembre de 1973, el cirurgià demandat, que treballava a la sanitat privada, extirpà a l'actor un meningocele, és a dir, una protusió de les cobertes de la medul·la que es produeix a conseqüència d'un defecte en la columna vertebral, que li comprimia les arrels sacres. Mesos després el pacient presentà un estat febril i de malestar general, motiu pel qual fou reintervingut pel mateix cirurgià, que retirà una resta de gasa que havia quedat en la zona operada durant la primera intervenció. Després d'aquesta segona intervenció li sobrevingueren al pacient unes seqüeles irreversibles, no detallades en la Sentència, que van donar lloc a la declaració d'incapacitació permanent absoluta per a la realització de qualsevol treball.

L'actor reclamà al cirurgià una indemnització de 240.404,84 € (40.000.000 ptas.) en concepte de responsabilitat civil contractual pels danys derivats de l'incompliment de l'obligació essencial de prestar l'atenció mèdica correcta i adequadament nascuda del contracte d'arrendament de serveis.

La Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 48 de Madrid, de 2 de setembre de 1994, desestimà la demanda. En el mateix sentit es pronuncià la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, Secció 12a, de 17 de febrer de 1997, ja que, tot i reconèixer que en la primera intervenció es produí una omissió culpable -deixar un tros de gasa en la zona operada-, considerà que no s'havia acreditat la relació de causalitat entre aquesta omissió i el resultat danyós. Així mateix, tampoc aprecia l'existència de responsabilitat per la situació que patí el demandant entre la primera i la segona intervenció, cap mena de negligència en aquesta darrera intervenció ni relació de causalitat d'aquesta amb les seqüeles.

En canvi, la Sentència del Tribunal Suprem estima el recurs de cassació interposat per l'actor, cassa i anul·la les sentències d'instància i condemna el demandat a pagar 120.000 € (quelcom menys de 20.000.000 ptes.). El Tribunal Suprem enderroca successivament les tres defenses que impediren la condemna del cirurgià en la instància:

1. Estima la concurrència de relació de causalitat d'acord amb la doctrina de disponibilitat i facilitat probatòria. Així, considera que el metge demandat 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»* (FJ. 3er).

2. Dóna per acreditada la negligència del facultatiu demandat en el desenvolupament de la seva activitat d'acord amb la doctrina jurisprudencial dels danys desproporcionats, que identifica amb instruments probatoris importats d'altres ordenaments jurídics del nostre entorn:

*«[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)» (FJ. 3er).*

3. Finalment, apunta un estàndard de responsabilitat objectiva en l'activitat mèdica en afirmar l'aplicabilitat del règim de responsabilitat previst a l'[art. 28.2 de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris \(LGDCU\)](#):

*«[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.)» (FJ. 3er).*

El cas planteja, al mateix temps, consideracions de caràcter processal, referents als principis i instruments processals a que poden acudir Jutges i Magistrats per tal de facilitar a la víctima la prova dels elements constitutius de la seva pretensió; i de caràcter substantiu, referents a la possibilitat d'aplicar el règim de responsabilitat objectiva previst en la LGDCU a la responsabilitat de metges i personal sanitari.

## ***2. Els principis de disponibilitat i de facilitat probatòria i la distribució dinàmica de la càrrega de la prova***

La prova de la responsabilitat civil medicosanitària ha estat considerada una prova diabòlica en nombroses ocasions ja que l'asimetria de la informació i, en major mesura, la posició privilegiada dels professionals sanitaris per accedir-hi, impedeixen freqüentment al pacient fer-se una correcta representació d'allò que realment va succeir. A això hi contribuïa la regulació de la càrrega de la prova del derogat [art. 1214 CC](#), que segons la jurisprudència i la doctrina majoritàries atribuïa a la part demandant la prova dels fets

constitutius de la seva pretensió i a la demandada la dels fets imeditius, extintius i excloents de la mateixa:

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

Per això a la jurisprudència del Tribunal Suprem va suavitzar aquests rígids criteris sobre càrrega de la prova mitjançant l'adopció dels principis de disponibilitat i de facilitat probatòria, que han adquirit rang legal amb l'entrada en vigor de la [Llei 1/2000, de 7 de gener, de Enjudiciament Civil](#) (LEC). Així, l'art. 217 LEC, en que avui es regula la càrrega de la prova, disposa en el seu apartat 6è:

*«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 Suprem ha aplicat aquests principis, entre d'altres, a les SSTS, 1a, 2.12.1996 (Ar. 8938) –pacient que pateix greus seqüeles a conseqüència d'anòxia cerebral derivada d'una forta hemorràgia sobrevinguda després de donar a llum amb aparent normalitat -; 28.7.1997 (Ar. 5954) –pacient reintervinguda per eliminar l'estenosi que patí a un urèter que li havia estat seccionat en una intervenció anterior -; i 6.2.2001 (Ar. 2233) –pacient mor per infart de miocardi que no va ser detectat pel servei d'urgències al que havia acudit dos cops en menys de tres hores degut a un intens dolor al pit-.

D'aquesta manera, la LEC ordena a Jutges i Magistrats tenir presents aquests principis processals que atenen a la posició probatòria de les parts en el procés i, en particular, al fet de que una d'elles disposi en exclusiva d'un mitjà de prova d'interès pel procés i, per tant, sigui impossible per a la contrapart accedir-hi, o a la major facilitat amb que cadascuna pot aportar una determinada prova. En ambdós casos s'atribueix la prova, en funció dels costos de presentar-la per a cadascuna de les parts, a la que podríem denominar *cheapest information provider*, és a dir, qui la pot presentar a menor cost. El paral·lelisme amb el concepte de *cheapest cost avoider* (CALABRESI, 1970) és evident.

Així, si suposem que les parts només presentaran prova si aquesta satisfà les seves pretensions i que d'acord amb els principis jurisprudencials examinats s'assigna la càrrega probatòria de manera que els costos de produir la prova del fet que es tracta de demostrar (en el nostre cas, la l'existència de relació de causalitat) resultin minimitzats, resultarà eficient atribuir al demandat la càrrega de la prova d'un fet (**X**) quan la probabilitat (**P**) de que **X** hagi succeït multiplicada pels seus costos de presentar la prova (**C<sub>d</sub>**) siguin inferiors a la probabilitat de que **X** no hagi succeït (és a dir, **~X**) multiplicada pels costos per a la part contrària (**C<sub>a</sub>**) de provar que **X** efectivament no va succeir (HAY/SPIER, 1997, pàg. 423).

Així, esdevingut un dany (**Y**), s'haurà d'assignar la prova al demandat si:

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

En cas contrari, quan:

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

la càrrega de la prova s'haurà d'assignar al demandant.

En la Sentència objecte d'aquest comentari, el Tribunal Suprem utilitza aquests principis processals per a facilitar-li al demandant la càrrega probatòria, cosa que determina que sigui el cirurgià demandat qui hagi d'aportar la prova de que la seva actuació no va constituir la causa del dany, donada la seva major facilitat per acreditar-la o, en el seu cas, la seva disponibilitat sobre els mitjans de prova.

No obstant, l'aplicació dels principis de disponibilitat i facilitat probatòria no inverteix la càrrega de la prova en perjudici de la part que podria produir-la en el procés a menor cost. Encara que materialment el resultat serà, en molts casos, idèntic, formalment l'aplicació d'aquests principis s'identifica amb el que ha s'ha vingut a anomenar distribució dinàmica de la càrrega de la prova, que consisteix precisament en atribuir la càrrega de la prova a la part processal que, en cada fase del període probatori, es trobi en millor posició per produir-la en el procés (LLAMAS POMBO, 2000, pàg. 313), amb alguna salvetat. En efecte, en la distribució dinàmica de la càrrega de la prova, aquesta es distribueix directament en funció dels principis esmentats a l'inici del període probatori. Pel contrari, tant en l'aplicació jurisprudencial d'aquests principis per part del Tribunal Suprem com en la seva recepció posterior per l'art. 217.6 LEC, la distribució dels fets a provar es realitza de manera indirecta; és a dir, s'atribueixen les conseqüències desfavorables de la manca d'acreditació d'un fet, en sentit positiu o negatiu (pensi's en culpa i diligència), a la part que segons els principis esmentats podia haver produït la prova a menor cost, sigui perquè en disposava, sigui perquè hi tenia un accés més fàcil. D'aquesta manera, s'indueix clarament a la part demandada a presentar prova en aquests casos, ja que el fet de no presentar-la podria ser considerat el fet base d'una presumpció judicial (anteriorment regulada en l'art. 1253 CC, substituït per l'art. 386 LEC) que permetria induir-ne la culpa o negligència, i que aquesta fou la causa del dany esdevingut, de la negativa a aportar la prova dels fets quan la seva producció en el procés li resulti menys gravosa.

L'art. 386.1 LEC disposa:

*«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».*

Segons això, per tant, en determinades circumstàncies el jutgador podria induir de la negativa del demandat a produir una determinada prova en el procés que aquesta hauria posat de manifest que causà el dany, marcadament quan el demandat s'hagués trobat en una millor posició probatòria o quan es tracti d'una prova que posseeix i, per tant, és d'accés impossible per a la contrapart.

### **3. La doctrina dels danys desproporcionats**

Juntament amb els principis de disponibilitat i facilitat probatòria, Jutges i Magistrats han utilitzat els últims anys altres instruments processals per facilitar a la víctima d'un dany

esdevingut com a conseqüència d'una intervenció mèdica o hospitalària la prova de la culpa i, en particular, a la doctrina dels danys desproporcionats. Segons aquesta doctrina, que es va iniciar amb la STS, 1a, 2.12.1996 (Ar. 8938) ja 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 Suprem, a partir de la STS, 1a, 9.12.1998 (Ar. 9427) –pacient intervinguda de galindons que morí a conseqüència de tètanus postquirúrgic-, els arguments de la qual reiteren les SSTS, 1a, 29.6.1999 (Ar. 4895) –pacient sotmesa a colecistectomia que morí a conseqüència de parada cardiorespiratòria-, 9.12.1999 (Ar. 8173) –pacient intervinguda de cataractes que patí l'evisceració d'un ull a conseqüència d'una infecció postquirúrgica- i la pròpia Sentència objecte d'estudi, identifica amb caràcter general la doctrina dels danys desproporcionats amb la regla *res ipsa loquitur*, la prova *prima facie* i la culpa virtual.

Aquests instruments probatoris tenen en comú que constitueixen supòsits particulars de presumpcions judicials qualificades (DÍAZ-REGAÑÓN, 1996, *passim*) que poden ser invocades com un tipus de prova circumstancial, basada en un raonament lògic, a favor del demandant que no té coneixement, o aquell és insuficient, sobre com es va produir el dany. D'aquesta manera, davant de fets que no esdevenen normalment llevat que intervingui negligència, aquests instruments permeten confiar en el dany i en les circumstàncies que l'envolten per induir de la seva mera existència la culpa del demandat, el que es donarà per definició quant menys intrínsecament perillosa sigui l'activitat medicosanitària que va causar el dany (GÓMEZ POMAR, 2001, pàg. 15).

No obstant, no sembla correcte equiparar sense més la doctrina dels danys desproporcionats amb la resta d'instruments apuntats. En efecte, com ha criticat amb raó la doctrina, no queda clar que s'ha d'entendre per desproporció del dany, és a dir, si equival simplement a un dany molt greu, significatiu o catastròfic, o si equival a un resultat anormal conforme amb allò que és usual (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2001, pàg. 109). En aquest segon supòsit les màximes d'experiència permetrien presumir la culpa de manera semblant a la resta d'instruments de facilitació de la prova, però no és clar que la mera producció d'un dany molt greu pressuposi l'existència de culpa mèdica. L'aplicació de la doctrina dels danys desproporcionats en el primer dels supòsits sense ulteriors consideracions, per tant, propiciaria la condemna del facultatiu, abstracció feta de la culpa, per la mera producció del resultat.

Dos motius més se sumen a l'anterior. En primer lloc, existeixen diferències entre ells derivades principalment de la seva aplicació jurisprudencial en els seus ordenaments jurídics d'origen que aconsellen el seu estudi per separat. En segon lloc, en el que aquí ens interessa, la manera en que es desenvolupa el raonament presumptiu en la doctrina dels danys desproporcionats s'ajusta millor amb el que es produeix en l'aplicació de la culpa virtual, donat que ve a consistir en un

argument a contrari segons el qual no podria haver-se donat un resultat tan desproporcionat si no hagués concorregut culpa o negligència (PENNEAU, 1977, pàg. 80). Així es posa de manifest a la STS, 1a, 12.12.1998 (Ar. 9431), que resol un cas en que la dona de l'actor, que s'havia de sotmetre a una intervenció quirúrgica, patí hipotensió 0 amb privació d'oxigen al cervell durant la fase anestèsica que li provocà una tetraplègia espàstica amb síndromes de descerebració. En el cas, el Tribunal Suprem identifica la desproporció del resultat exclusivament amb la teoria de la culpa virtual.

A més, no és clar, a la vista de la jurisprudència comparada i tenint en compte les poques dades que es contenen a la Sentència, que l'actuació mèdica fos negligent. En determinades circumstàncies no existeix cap màxima d'experiència que indiqui la culpa del metge, donat que fins i tot al més diligent dels metges se li poden oblidar, en intervencions particularment complicades, petites restes de gasa o d'altres objectes de mida reduïda.

Qüestió diferent és que, com va esdevenir en el cas resolt per la SAP de Barcelona, Secció 10a, 20.3.2003 (Ar. 367), que va condemnar a una ginecòloga com autora d'una falta de lesions per imprudència lleu per haver deixat oblidada una gasa en la cavitat abdominal de la seva pacient durant la pràctica d'una cesària, l'oblit es produeixi per l'incompliment del deure bàsic de comptar, i comptar bé, les gases fetes servir a la intervenció un cop finalitzada.

Així, s'ha de tenir en compte l'estat dels coneixements i els avenços de la ciència mèdica en el moment en que tingué lloc la intervenció per valorar la possibilitat de detectar el cos estrany o les seves restes que haguessin pogut quedar allotjades a l'interior del pacient. En aquests casos, la no adopció dels mitjans tècnics oportuns per a detectar-los constitueix una infracció de la *lex artis* susceptible d'originar una declaració de responsabilitat.

Els fets del cas es corresponen bàsicament amb els de la Sentència del Tribunal Suprem federal alemany (*Bundesgerichtshof*) de 10 de juliol de 1956, en que va resultar d'aplicació la prova *prima facie* o *Anscheinsbeweis* i que encara avui constitueix una referència bàsica en la matèria. En el cas, a la pacient, de 17 anys d'edat, se li va haver de practicar una mastectomia de pit dret degut a que, durant una primera intervenció practicada dos anys abans per a extirpar-li un tumor, li havien quedat restes d'apòsits a la zona operada que n'havien impedit la curació. Però l'oblit de cossos estranys en l'interior d'un pacient que ha estat intervingut quirúrgicament no implica necessàriament un error de tractament en que intervingui la culpa del metge. En aquest sentit s'havia manifestat el *Bundesgerichtshof* (entre d'altres, en Sentència de 13 de desembre de 1951), que establí que s'ha d'atendre a les particulars circumstàncies del cas concret, com el tipus i la mida del cos estrany oblidat i les circumstàncies en que transcorregué la intervenció (per exemple, si es va produir una forta hemorràgia o es va procedir a una reanimació cardíaca). Així, en el descuit d'objectes de mida considerable, com ara una pinça, la prova *prima facie* condueix clarament a induir la culpa del metge. No obstant, si només resten petites restes d'apòsits, gases o tampons a la ferida, la prova *prima facie* només permetria constatar de manera feaent que efectivament foren oblidats pel metge que va intervenir la pacient, és a dir, la relació de causalitat.

Els anteriors supòsits guarden una gran semblança amb el resolt per la STS, 1a, 26.9.1997 (Ar. 6458) i concorden amb el criteri adoptat en la seva resolució. En el cas, a la pacient li fou extirpat un mioma localitzat en un ovari i en el decurs de l'operació es desprengué un còrrec de 4 x 3 mm d'un retractor, que quedà allotjat a la zona afectada. La presència del còrrec durant més de tres anys fou la causa de que a la pacient se li hagués de practicar una histerectomia amb doble anexectomia. Tant a les sentències d'instància com en cassació s'absolgué els metges i es condemnà l'INSALUD per no haver conservat el material quirúrgica amb la «*exquisita atención o*



*diligència*» exigible, ja que si el cargol es va desprendre havia de ser a causa de fatiga dels materials, el que hagués fet precisa la substitució d'aquell aparell. És d'advertir que detectar objectes metàl·lics en el cos d'un pacient es una tasca senzilla que es pot dur a terme amb una simple radiografia, però no sembla raonable exigir en tot cas als facultatius un nivell de diligència semblant.

La qüestió es planteja en termes un tant diferents en la STS, 1a, 26.12.1996 (Ar. 9222), que resol un cas en que una gasa restà oblidada a la cavitat abdominal del pacient després d'una intervenció quirúrgica que li causà un abscess que li provocà la mort. La Sentència de l'Audiència Provincial revocà la desestimària del Jutgat, absolgué els facultatius demandats i condemnà l'INSALUD a pagar 60.101,21 € (10.000.000 ptes.) a la seva vídua. La Sentència del Tribunal Suprem va confirmar la de l'Audiència d'acord amb el règim de responsabilitat objectiva dels arts. 139 i ss. [Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú](#) (Llei 30/1992). L'aquietament de la part actora respecte de l'absolució dels facultatius en la instància impedeix conèixer en que es va fundar l'exclusió de la seva negligència, ja que en la Sentència de cassació no es conté cap referència.

La Sentència omet algunes dades essencials, com ara les referents a les circumstàncies en que van transcorregueren les dues intervencions quirúrgiques així com la quantitat i mida de les restes de gasa que quedaren oblidades en la zona intervinguda, o si les seqüeles que patí el demandant es devien al fet que les restes de gasa van romandre per espai d'un any en la zona intervinguda o a la pràctica defectuosa de la segona intervenció quirúrgica, el que impedeix formar-se una representació correcta d'allò que realment succeí. No obstant, si bé sembla evident que existeix algun nexa causal entre la conducta del metge demandat i les seqüeles que pateix el demandant, no ho és tant que, d'acord amb les consideracions precedents, es pugui afirmar la culpabilitat del demandat de manera tan rotunda.

#### ***4. El règim de responsabilitat objectiva de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris***

Potser la qüestió més controvertida de les esmentades anteriorment és la referent a l'eventual aplicació de la LGDCU i, en concret, el règim de responsabilitat objectiva previst en el seu art. 28.2 per als «serveis sanitaris», a la responsabilitat individual de metges i –per extensió– al personal sanitari, possibilitat que esmenta la Sentència com a *obiter dictum*. En efecte, segons la jurisprudència i la doctrina majoritàries, aquest règim de responsabilitat resulta d'aplicació exclusiva als centres sanitaris en que fou prestada l'assistència sanitària que, a la fi, causà un dany al pacient, però no als metges o personal sanitari, la responsabilitat dels quals s'examina d'acord amb un estàndard de diligència (ASÚA GONZÁLEZ, 2000, pàg. 277 i SEUBA I TORREBLANCA, 2002, pàg. 260; *cf.*: PANIZA FULLANA, 1999, pàg. 83 i GÓMEZ CALLE, 1998, pàg. 1755).

Amb la reforma de l'art. 144 [Llei 30/1992](#), duta a terme per la [Llei 4/1999, de 13 de gener](#), la responsabilitat de l'Administració en les relacions regides pel dret privat ha de ser exigida segons les normes de la pròpia [Llei 30/1992](#), que estableix un règim de responsabilitat objectiva ([art. 139](#)). Per tant, i tot i que l'[art. 1 LGDCU](#), que disposa la seva aplicabilitat a les Administracions

Públiques, no ha estat derogat expressament, podem entendre que el règim de responsabilitat objectiva a que se sotmet als serveis sanitaris l'art. 28 LGDCU només és predicables dels privats.

L'aplicabilitat del règim de responsabilitat objectiva de l'art. 28.2 LGDCU a les reclamacions per responsabilitat civil medicosanitària ha estat una qüestió molt debatuda en la jurisprudència, que només a partir de la STS, 1a, 11.2.1998 (Ar. 707), que resol un cas en que a l'actor se li havia inoculat el virus del SIDA a conseqüència d'una transfusió de sang contaminada en un hospital dependent de l'INSALUD, va admetre la seva plena aplicació als serveis sanitaris.

Amb posterioritat, el Tribunal Suprem ha valorat la responsabilitat de centres sanitaris, públics i privats, segons l'estàndard de responsabilitat objectiva de la LGDCU, entre d'altres, a les SSTS, 1a, 9.6.1998 (A. 3717), que resol un cas en que la pacient va patir un shock anafilàctic en el decurs d'una intervenció en una oïda a conseqüència de l'anestèsia que la va deixar en coma fins el dia de la seva mort; 30.12.1999 (A. 9752), en un altre en que a una pacient se li va inocular el VIH durant una intervenció d'histerectomia; i 29.6.1999 (A. 4895), ja comentada.

No obstant, segons aquesta mateixa jurisprudència aquest règim de responsabilitat no s'aplica als metges, ja que les obligacions de mitjans de que són deutors amb caràcter general (només s'excepcionen els casos de medicina voluntària o satisfactiva) no poden ser valorades des d'un criteri de responsabilitat objectiva.

En efecte, des de la STS, 1a, 26.5.1986 (Ar. 2824), que absolgué el cirurgià que havia intervingut d'úlceres duodenals greu un pacient que morí uns dies després a conseqüència d'una peritonitis aguda purulenta, el Tribunal Suprem aplica la distinció entre obligacions de mitjans i de resultat a la responsabilitat civil mèdico-sanitària. D'acord amb aquesta distinció, que segons la jurisprudència és d'aplicació tant en l'àmbit contractual com en l'extracontractual, l'obligació mèdica, amb caràcter general, és de mitjans, no de resultat, de tal manera que el metge s'obliga a dur a terme una activitat diligent conforme a la *lex artis* però no a obtenir en tot cas la recuperació del pacient.

En cap de les Sentències dictades pel Tribunal Suprem en la matèria ni, en particular, en les cinc Sentències anteriors en que es recull el mateix fonament jurídic –en algun cas, literalment–, l'art. 28 LGDCU va constituir el fonament de l'eventual condemna dels facultatius o personal sanitari demandats sinó que s'aplicà exclusivament per tal de fonamentar la responsabilitat civil del centre sanitari conjuntament o individualment demandat.

Les Sentències són les següents: SSTS, 1a, 1.7.1997 (Ar. 5471) –amputació de cama a pacient a conseqüència d'infecció hospitalària per *pseudomonas aeruginosa*–; 21.7.1997 (Ar. 5523) –amputació de cama a pacient a conseqüència d'infecció hospitalària per *clostridium*–; 18.6.1998 (Ar. 5290) –pacient mor a conseqüència de shock sèptic originat per infecció hospitalària per *pseudomonas aeruginosa*–; 9.12.1998 (Ar. 9427) –pacient mor a conseqüència de tètanus greu postquirúrgic secundari a intervenció de galindons–; i 30.12.1999 (Ar. 9496) –pacient al qual erròniament se li diagnosticava una infecció urinària mor a conseqüència de peritonitis–.

Sotmetre els metges i personal sanitari a un règim de responsabilitat objectiva per la mera causació d'un dany no sembla adequat, amb caràcter general, per diversos motius. En el

pla estrictament jurídic, es contradiu la doctrina consolidada del Tribunal Suprem, segons la qual l'obligació del metge es una obligació de mitjans que, per definició, només pot ser examinada segons un estàndard de diligència, i suposa equiparar a efectes de responsabilitat, els centres sanitaris i el personal al seu servei. Amb això, a més, es dóna un tractament jurídic diferent a realitats substancialment idèntiques, és a dir, es valoren de manera diferent les responsabilitats de facultatius i personal sanitari de la medicina privada i pública. En efecte, la responsabilitat civil d'aquests últims professionals només pot ser exigida, amb caràcter general, per l'Administració Pública en via de regrés quan haguessin incorregut en dol o culpa greu, cosa que exclou la seva responsabilitat per la major part de casos en que la seva conducta no sigui constitutiva de delictes.

No es pot desconèixer, a més, que un sistema de responsabilitat civil medicosanitària en que el professional sanitari hagués de respondre amb independència de la diligència prestada en la seva actuació o, si de cas, la diligència del qual es presumís i li correspongués la prova de la seva correcta actuació, conduiria a un increment de la medicina defensiva. Els problemes que planteja la medicina defensiva poden ser fàcilment reduïts a dos: en primer lloc, una abstenció del professional sanitari d'actuar en casos complicats, això és, aquells en que l'índex de fracassos del tractament o d'accidents mèdics sigui elevat, amb independència de la diligència prestada; en segon lloc, la medicina defensiva comporta sobreprevenció, en destinar majors recursos dels socialment òptims al diagnòstic i tractament de malalties. Amb tot, els problemes que planteja la medicina defensiva tindrien un abast limitat en el nostre país, donat el predomini del nostre sistema públic de salut.

La seqüela de la Sentència objecte d'aquest comentari no ha trigat gaire. La [STS, 1a, 31.1.2003](#), ponència també del Magistrat Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, ha donat un pas endavant i en el 2on Fonament de Dret, en resposta al motiu 3er del recurs de cassació, en el qual s'al·legava infracció de llei per inaplicació dels arts. 26 i 28 LGDCU, ha declarat l'aplicabilitat del règim de responsabilitat objectiva de la LGDCU a la responsabilitat individual dels metges i, amb això, ha fixat un controvertit precedent.

En el cas, l'actor va patir incontinència anal parcial com a conseqüència d'una intervenció d'hemorroides sagnants i fisura anal. Tant la Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 3 de Bilbao (12.6.1995) com la de l'Audiència Provincial de Biscaia (17.3.1997) desestimaren la demanda interposada contra el cirurgià. La Sentència del Tribunal Suprem, pel contrari, estima el recurs de cassació i condemna el cirurgià demandat a pagar 120.000 €. Certament, la Sentència del Tribunal Suprem, a diferència de les d'instància, dóna per provada –de manera discutible– la culpa mèdica per la desproporció del dany i la relació de causalitat d'acord amb els principis de disponibilitat i facilitat probatòria, de manera que en bona tècnica processal no és necessari acudir a d'altres fonaments jurídics. Recórrer ulteriorment a l'art. 28 LGDCU en recolzament de la decisió sembla, a més, incorrecte, ja que difícilment es pot fonamentar una condemna al mateix temps en la responsabilitat objectiva i per culpa del causant del dany.

La resposta a aquesta Sentència s'inclou en el vot particular que formula el Magistrat Francisco MARÍN CASTÁN, que pel que fa a l'aplicació del règim de responsabilitat objectiva de la LGDCU a la responsabilitat individual de metges defensa algun dels arguments ja indicats i rebutja aquesta possibilitat pels següents motius:

1. La jurisprudència rebutja la responsabilitat objectiva del professional de la medicina d'acord amb la configuració de la seva prestació, a excepció dels casos de medicina voluntària o satisfactiva, com a obligació de mitjans.
2. L'aplicació simultània de l'art. 28 LGDCU i l'art. 1902 CC és de difícil justificació, ja que condueix a sostenir de manera contradictòria que la responsabilitat del metge és, a la vegada, objectiva i per culpa.
3. És dubtós que l'expressió «serveis sanitaris» de l'art. 28.2 LGDCU compregui necessàriament la prestació individual mèdica o quirúrgica i fins i tot que, de considerar-la inclosa, la responsabilitat del metge pugui qualificar-se sense més d'objectiva: si es relaciona el citat apartat 2 de l'art. 28 LGDCU amb l'apartat 1 queden encara per identificar adequadament tant «la garantia de nivells determinats de puresa, eficàcia o seguretat, en condicions objectives de determinació» com els «controls de qualitat» que el metge o cirurgia demandat hauria desconegut en la seva intervenció.
4. Des d'un punt de vista de justícia material, l'aplicació de l'art. 28 LGDCU a la responsabilitat individual dels professionals de la medicina implica mesurar pel mateix raser al metge diligent que al negligent.

Amb tot, les anteriors observacions no prejutgen la bondat d'una regla de responsabilitat objectiva com la proposada. En efecte, segons la teoria econòmica, una responsabilitat objectiva té l'avantatge envers d'una altra de responsabilitat per culpa d'induir l'agent eventual causant d'un dany a adoptar el nivell d'activitat òptim, el que resulta especialment rellevant quan l'activitat sigui intrínsecament perillosa, en que el dany esperat és important tot i l'adopció del nivell de diligència adequat (GÓMEZ POMAR, 2001, pàg. 3). Per a aquesta classe d'activitats, sempre que el facultatiu tingui el poder de decisió sobre el nivell d'activitat, la regla presenta avantatges clars. No és clar, a més, que una regla de responsabilitat objectiva sigui quelcom tan diferent d'una responsabilitat per culpa, donat que el judici sobre la negligència es reproduïx en seu d'imputació objectiva (SALVADOR CODERCH, 2002, pàg. 6). El discurs, per tant, es trasllada al terreny de l'oportunitat política d'afavorir la compensació de les víctimes d'un dany conseqüència d'una activitat mèdica o hospitalària a costa d'un més que probable increment del cost d'aquests serveis com a conseqüència d'incorporar-hi l'increment de les primes de les assegurances de responsabilitat 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 i Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cábana*, Madrid, Dykinson, 2001, pàgs. 103-120.

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

Fernando GÓMEZ POMAR, “Càrrega de la prova i responsabilitat objectiva”, *InDret 1/2001*, gener-març (<http://www.indret.com>)

Bruce L. HAY i Kathryn E. SPIER, “Burdens of Proof in Civil Litigation: an Economic Perspective”, en *Journal of Legal Studies*, nº 26, 1997, pàgs. 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, pàgs. 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*, gener-febren 1999, pàgs. 75-85.

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

Pablo SALVADOR CODERCH, “Causalitat y responsabilitat, 2ª edición”, *InDret 3/2002*, juliol-setembre (<http://www.indret.com>).

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

**6. Taula de sentències citades*****Sentències del Tribunal Suprem espanyol***

<b>Sala i Data</b>	<b>Ar.</b>	<b>Magistrat Ponent</b>	<b>Parts</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. i “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. i SAS
1a, 01.07.1997	5471	José Almagro Nosete	Juan José R. A. c. Agustín C. Q. i 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. Servei Valencià de Salut (SERVAS), INSALUD i altres
1a, 26.09.1997	6458	Luis Martínez-Calcerrada Gómez	María Josefa A. P. c. Heracio M., Ernesto F., Pablo R. i INSALUD
1a, 11.02.1998	707	Antonio Gullón Ballesteros	María del Pilar H. c. Leoncio M., INSALUD i Ministeri de Sanitat
1a, 09.06.1998	3717	José Almagro Nosete	Agustín H. R. c. Servei Andalus de Salut (SAS) i Felipe R. A.
1a, 18.06.1998	5290	Eduardo Fernández-Cid de Temes	Ángeles R. T. i altres c. Servicio Catalán de Salut (SCS)
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. i “Mutua G. de Seguros”
1a, 12.12.1998	9431	Alfonso Villagómez Rodil	D. Jaime C. M., esposa i fills c. Florencio V. S. “Clínica Planas, SA” i altres
1a, 29.06.1999	4895	Xavier O’Callaghan Muñoz	Clara Isabel M. D. i M <sup>a</sup> Eugenia M. D. c. Jesús M. A., Enrique Daría L. F., Rafael S. E. i INSALUD
1a, 09.12.1999	8173	Román García Varela	Antonia J. J. c. Miguel G. de la L., cap d’oftalmologia i subdirector mèdic de l’Hospital Provincial Regional de Córdoba, gerent de l’Hospital Universitari Regional “Reina Sofia” i SAS
1a, 30.12.1999	9496	José Almagro Nosete	Pedro C. M. i Ana María C. L. c. Ernesto E. Ch., María del Carmen P. M., INSALUD i SERVAS
1a, 30.12.1999	9752	Pedro González Poveda	Carmen M. S. c. SAS, Ángel O. M., Diego S. M. i 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., Centre d’Atenció Primària-Ambulatori d’Otxarkoaga, Osakidetza, “Cresa Aseguradora Ibérica, SA” i “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. i “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.

*Sentències de les Audiències Provincials*

<b>Sala, data i Audiència</b>	<b>Ar.</b>	<b>Magistrat Ponent</b>	<b>Parts</b>
Penal, 20.03.2002, Barcelona	367	José María Pijuán Canadell	Cristina F. M. c. Beatriz P. G.

*Sentències del Tribunal Suprem federal alemany (Bundesgerichtshof)*

<b>Data</b>	<b>Referència</b>
BGH, 13.12.1951	BGHZ 4, pàg. 138
BGH, 10.07.1956	VersR 1956, pàg. 577