



UNIVERSITAS
Miguel Hernández

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE

GRADO EN DERECHO

AREA DE DERECHO CIVIL



TRABAJO FIN DE GRADO

RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTUACIONES SANITARIAS

Curso académico 2021/2022

AUTORA: Sherlyn Gabriela Rojas Caballero

TUTORA: María Encarnación Aganzo Ramón



*A ti que siempre has estado a mi lado, te doy las gracias por todo mamá.
A mi familia de aquí y a la que desde la distancia siempre ha confiado en mí, gracias.*

*A mi tutora, gracias por acompañarme en todo este proceso.
Y a ti que me acompañas siempre desde el cielo, esto también va para ti.*

Gracias a todos.



RESUMEN

En el presente trabajo se analizará la responsabilidad civil en el ámbito sanitario, su marco legal y la repercusión que dicha responsabilidad ha ocasionado en la práctica médica, haciendo mención especial a la relación médico-paciente, que da inicio a tal responsabilidad, analizando los posibles bienes jurídicos que se puedan ver lesionados por la misma.

Asimismo, en el trabajo se analizarán los requisitos exigidos para que pueda darse una responsabilidad sanitaria, así como la necesaria relación de causalidad entre lesión y actividad sanitaria, donde encontramos elementos clave de esta responsabilidad como lo son la Lex Artis ad hoc, a la que se debe ajustar al actuar de un profesional, analizando la cual podrá verificarse si el daño se hubiera podido evitar.

Por último, se planteará cuál es el tratamiento de la responsabilidad civil sanitaria en los ámbitos civil, administrativo y penal, así como también la responsabilidad que tienen las administraciones públicas al respecto, la escasa regulación de la materia y los problemas que ello conlleva a la hora de acudir a los tribunales, haciendo, por último, mención a la incidencia en la responsabilidad a causa de la pandemia provocada por la pandemia SARS-CoV-2.

ABSTRACT

This paper will analyse civil liability in the field of healthcare, its legal context and the repercussions that such liability has had on medical practice, making special mention of the doctor-patient relationship, which gives rise to such liability, analysing the possible legal rights that may be harmed by it.

The work will also analyse the requirements for health liability, as well as the necessary causal relationship between injury and health activity, where we find essential elements of this liability such as the Lex Artis ad hoc, to which the actions of a professional must conform, by analysing which it will be possible to verify whether the damage could have been avoided.

Finally, the treatment of civil, administrative and criminal health liability will be discussed, as well as the responsibility of public administrations in this respect, the scarce regulation of the matter and the problems that this entails when it comes to going to court, and lastly, mention will be made of the impact on liability due to the pandemic caused by the SARS-CoV-2 pandemic.



PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil médica. Bienes jurídicos. Lex Artis. Consentimiento informado. Medicina curativa. Medicina voluntaria. Responsabilidad penal. Responsabilidad patrimonial de la administración.

KEY WORDS

Medical liability. Legal assets. Lex Artix. Informed consent. Healing medicine. Volunteer medicine. Criminal liability. Patrimonial responsibility of the administration.





ÍNDICE:

1. Introducción
2. Evolución de la responsabilidad sanitaria. Marco legal.
3. Relación contractual entre profesional y paciente.
4. Actuación del personal sanitario.
 - 4.1 Lex artis ad hoc.
 - 4.2 Obligaciones y competencias de los médicos.
 - 4.3 Consentimiento informado.
 - a) Contenido e información del consentimiento informado.
 - b) Cuando debe darse la información, cómo y destinatarios de la misma.
 - c) Excepciones o límites a la información.
 - d) Falta de información y posible consecuencia.
5. Tratamiento jurídico de la cuestión: exigencia de responsabilidad por la vía civil, penal y contencioso-administrativa:
 - 5.1 Responsabilidad civil.
 - 5.2 Responsabilidad penal en el ámbito sanitario.
 - 5.3 Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario.
6. Diferencia doctrinal entre responsabilidad civil y responsabilidad administrativa
7. Análisis de sentencias dictadas por cada uno de los órdenes jurisdiccionales civil, penal y contencioso-administrativo.
8. Incidencia en la materia de la pandemia SARS-CoV-2 y Estado de Alarma decretado a consecuencia de la misma.
9. Conclusiones.
10. Bibliografía.



1) INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo vamos a abordar un tema que en nuestro entorno ha venido tomando peso a lo largo de los últimos años, vamos a analizar los distintos aspectos de la práctica médica y de su consecuencia en el ámbito jurídico, su regulación y sus distintas responsabilidades tanto sanitarias como jurídicas en que puede incurrirse a causa de una mala actuación o de un mal resultado.

Es por ello que, para el desarrollo de este trabajo y comprensión de la materia a tratar, enfocaremos el estudio desde las tres ramas del Derecho: Civil, Administrativa y Penal, analizando, en primer lugar, la normativa vigente en materia sanitaria, así como la normativa que regula tal responsabilidad, y, en segundo lugar, cuáles los criterios establecidos por el Tribunal Supremo en relación a la reclamación de responsabilidad y los órganos competentes para el conocimiento de la materia, con análisis de una sentencia dictada en cada orden jurisdiccional en aplicación de tales criterios.

Para dar comienzo a este trabajo, debemos hacer mención de que nuestra Carta Magna, en su artículo 43, reconoce el derecho a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos de tutelar la salud pública y todos aquellos servicios y prestaciones necesarias para el ciudadano.

A continuación, hablaremos de la relación contractual entre el facultativo y el paciente, la responsabilidad sanitaria, su concepto, requisitos, y repercusión que ésta tiene en la práctica médica, así como también haremos mención sobre aquellos bienes jurídicos que se puedan ver lesionados como consecuencia de la actuación del profesional, así como la delimitación de la relación de causalidad entre la lesión y la actividad sanitaria.

Finalmente, dados los recientes acontecimientos producidos en relación con la pandemia Covid-19 y el Estado de Alarma decretado como consecuencia de la misma, analizaremos la incidencia que esta situación ha generado en la materia que nos ocupa.

Con todo ello, obtendremos las conclusiones procedentes en relación a los requisitos y formas de exigir responsabilidad a la administración sanitaria, y cuantos profesionales la integran, el estado de nuestra legislación en relación con la materia, y las carencias y obstáculos que pueden encontrar los particulares en el ejercicio de sus derechos frente a la Administración y ante nuestros Juzgados y Tribunales.

2) EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA. MARCO LEGAL Y PRECEDENTES

Para situarnos en el contexto en el que desarrolla la responsabilidad civil sanitaria desde el ámbito jurídico, debe señalarse que, sin perjuicio de que pueda incurrirse también en responsabilidad contractual, solemos encontrarnos ante un tipo de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana regulada en el Código Civil en los artículos 1.902 y 1.903, siendo aquella que nace de una relación jurídica entre dos personas que con anterioridad no se encontraban unidas por un contrato y de cuya relación se derivan actos u omisiones imputables a una de las partes de la relación por culpa o negligencia que tiene como consecuencia la producción de daños en los derechos personales o patrimoniales de la otra persona y por los cuales se debe indemnizar.

Tal y como se desprende del articulado mencionado, los requisitos para que se dé la responsabilidad civil aquiliana son los siguientes: en primer lugar, una acción u omisión no constitutiva de delito, es decir de una conducta antijurídica que atente contra bienes y derechos protegidos, derivada de una acción imputable al actor el cual deberá responder por tal conducta; en segundo lugar debe existir culpa o negligencia del actor, que, en tercer lugar, provoque un daño material o moral que sea susceptible de indemnización; y, por último, la existencia de una relación causal entre la conducta del actor y el resultado lesivo de esa conducta. En el caso de que la acción u omisión sí pueda tipificarse como delito por su gravedad o por la existencia de dolo, nos encontraríamos ante una responsabilidad penal.

Por lo que, siguiendo esta explicación, y teniendo en cuenta que suele tratarse de una responsabilidad extracontractual entre el profesional de la medicina y el paciente ya que previamente a la realización del procedimiento no existe ningún tipo de contrato, y, tal y como señala VÁZQUEZ BARROS, en la actualidad, en el ámbito de lo público, no existe una normativa específica que regule esta relación entre paciente y médico, ya que si se trata de profesionales que trabajen en el ámbito privado, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que sí existe una relación contractual, que puede encuadrarse en un contrato de arrendamiento de prestación de servicios entre el médico y el paciente, cuyo objeto no es necesariamente la curación del paciente, sino la prestación de atención médica de acuerdo a sus conocimientos y con la debida diligencia.

Cierto es que en el ámbito privado existe una relación contractual entre médico y paciente de la que se derivan obligaciones a cargo del primero, cuyo incumplimiento conlleva la exigencia de responsabilidad del profesional y podría llevar aparejada una indemnización, tal y como se desprende del artículo 1101 del Código Civil «*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas*¹».

Una vez definido el ámbito privado debemos situarnos en el marco de los profesionales que trabajan en el sector público debido a que la responsabilidad que recae sobre estos profesionales es asumida por las administraciones públicas y ello en base a que el profesional se trata de un funcionario público, por el que la Administración debe responder en base a los principios de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, entendiéndose en la mayor parte de los casos que se ha producido un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios.

Para comprender esta relación entre la administración pública y los funcionarios sanitarios en el ámbito público, debemos hacer mención a la Ley de 5 de abril de 1904 que regulaba la responsabilidad relativa a los funcionarios públicos frente a los particulares, pero dicha ley fue derogada en 1999 por la Ley 4/1999 de 13 de enero en cuya modificación también afectó a la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Teniendo en cuenta que se trata de responsabilidad patrimonial de la administración pública no podemos olvidar que tal responsabilidad puede llevar aparejada una indemnización, tal concepto indemnizatorio tuvo su comienzo con la Ley de expropiación forzosa de 1954, en donde se menciona por primera vez la teoría indemnizatoria² de las administraciones en relación al principio de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, en relación a este concepto, también tenemos el artículo 106 de la Constitución Española, artículo cuyo segundo apartado establece que, «*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos,*

¹ Artículo 1101 del Código Civil.

² SÁNCHEZ GARCÍA, M.M., “Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria”, en COMUNICACIONES, Extraordinario XXII Congreso 2013, Vol. 23, pág. 191.

salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos³».

La actuación médica, por consiguiente, puede dar lugar a una responsabilidad civil, ya sea contractual ya sea extracontractual o aquiliana, a una responsabilidad penal si la gravedad o intencionalidad del hecho pueden ser constitutivas de delito, o a una responsabilidad administrativa cuando el facultativo actúa como funcionario público al servicio de la Administración.

3) RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE PROFESIONAL Y PACIENTE.

Para el desarrollo de este punto, iniciaremos haciendo mención a la relación entre facultativo y paciente, la posible regulación de la relación por medio de contrato y las obligaciones del facultativo inherentes a su profesión, su concepto y requisitos.

Para hablar de la relación entre el médico y el paciente y de las responsabilidades que pueden producirse, en un primer momento debemos hacer hincapié en la regulación de la profesión del facultativo. Tal y como expone ALBÁCAR LÓPEZ, J. L, la profesión médica se trata de una profesión libre, es decir *«aquella que tiene por objeto una actividad intelectual, científica o técnica que mediante retribución puede prestarse a un cliente por el profesional que actúa como persona física y con un carácter autónomo e independiente, previa su incorporación a un colegio profesional, lo que, a su vez, implica la posesión de un título que le habilita para ello⁴»*. Una vez que tenemos delimitado el ámbito en el que se desarrolla la actividad profesional del facultativo, debemos centrarnos en las relaciones contractuales que unen a paciente con médico. Expone así VÁZQUEZ BARROS, que la relación entre médico – paciente se encuentra regulada de manera contractual de acuerdo a lo que se establece en el artículo 1.254 del Código Civil, desprendiéndose del articulado que el facultativo no presenta una obligación de resultados sino de medios. Sigue VÁZQUEZ BARROS, comentando que el facultativo se sujeta y

³ Artículo 106 de la Constitución Española.

⁴ ALBÁCAR LÓPEZ, J. L.: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo V (Arts. 1445 a 1603)*, Editorial Trivium, pág. 1146.

obliga a facilitar al paciente todos los cuidados, asistencias y actividades para la óptima recuperación del paciente⁵.

Es por esto que siguiendo en la línea de lo que expone VÁZQUEZ BARROS, y de acuerdo a la doctrina recogida en la Sentencia 834/2009 de 22 de diciembre del Tribunal Supremo en aplicación al artículo 1.261 del Código Civil en relación a los requisitos de validez de los contratos, se establece que *no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1) consentimiento de los contratantes, 2) objeto cierto que sea materia del contrato y 3) causa de la obligación que se establezca*⁶. Teniendo en cuenta estos tres requisitos que la jurisprudencia viene a entender como fundamentales para la validez de los contratos y que la ausencia de cualquiera de estos tres requisitos supone la nulidad del contrato, debemos hacer mención a cada uno de ellos:

En primer lugar, el consentimiento se trata de la voluntad contractual, debiendo ser esta voluntad consciente y libre por parte de los contratantes siendo así que se requiere que este consentimiento se dé de forma expresa o tácita para que de esta manera se perfeccione el contrato entre las partes.

En cuanto al objeto se pronuncia CASTÁN TOBEÑAS exponiendo que el objeto del contrato es en realidad la obligación por la cual se constituye el mismo, que puede conllevar una prestación de dar, hacer o no hacer o prestar un servicio⁷, por lo que siguiendo en la línea de lo anteriormente expuesto la obligación del facultativo no se trata en obtener un resultado, sino la de prestar un servicio, siendo este el más adecuado para conseguir un resultado favorable para el paciente. También expone DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, que el objeto se trata de un bien susceptible de valoración económica proporcional a los intereses de los contratantes⁸.

En cuanto a la causa en la Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de abril de 1994, se expone que aunque en el artículo 1261 del Código Civil no se da realmente un concepto de causa, la tendencia mayoritaria se basa en lo que se establece en el artículo 1274 del Código Civil, de la que se desprende una causa objetiva, en la que se entiende que la

⁵ VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 20.

⁶ Artículo 1261 del Código Civil.

⁷ CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II- Obligaciones y Contratos*. Editorial Reus. Madrid, 1.925. Págs. 113-114

⁸ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Civitas, Madrid, 1980. 6ª edición.

causa es el fin objetivo que se pretende conseguir para cada uno de los contratos, siendo este objetivo ajeno a las motivaciones internas de cada una de las partes contratantes, y para que dichas motivaciones sean relevantes estas deben ser conocidas por ambas partes contratantes.

Una vez que hemos definido cada uno de los requisitos indispensables en el contrato, debemos tener en cuenta como se califican los contratos en el ámbito de la salud y expone en esta línea ESTEVE SEGARRA, que se trata de una difícil diferenciación ya que por un lado se puede tratar de un contrato de trabajo y por otro de un contrato de arrendamiento de servicio, entendiendo por contrato de trabajo aquel convenio bilateral, en el cual una de las partes se compromete a realizar un servicio para la otra persona contratante bajo su dependencia y subordinación y quien a su vez se obliga al pago de un precio por los servicios prestados. A diferencia del contrato de arrendamiento de servicios, en éste una de las partes se compromete respecto de la otra parte contratante de manera independiente a prestar un servicio en virtud de una remuneración. Por lo que entendiendo esta diferenciación entre las dos clases de contratos manifiesta VÁZQUEZ BARROS, que la jurisprudencia ha venido calificando el contrato entre médico y paciente como un contrato de arrendamiento de servicios, entendiendo así que lo único a lo que se obliga el facultativo es a poner los medios suficientes para la curación del paciente atribuyéndole al médico cualquiera que sea el resultado una obligación de medios.

Ahora bien, una vez que ya hemos delimitado la relación contractual entre paciente y médico, debemos considerar que la obligación que se desprende de la relación entre el médico y el paciente es una obligación de medios, es decir, el facultativo se obliga a poner todos aquellos medios de los que dispone al alcance del paciente de acuerdo al avance de la ciencia en el momento en el que se encuentren, con el objetivo de proporcionar al paciente el resultado que sea posible, que puede ser o no una completa curación o una mejoría. Y es a partir de esta actuación por parte del facultativo cuando se pueden desprender ciertas responsabilidades, ya sea por la labor defectuosa, ya sea por una conducta omisiva del profesional médico. Así explica VÁZQUEZ BARROS que la no obtención de un resultado implica un incumplimiento en la obligación, por lo que hace presumir culpa en la obligación de actividad y es por ello por lo que se precisa una prueba de la falta de diligencia que compruebe el incumplimiento del médico. Reiterada jurisprudencia subordina la culpa *“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 obtengan. 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. Lo señalado precedentemente conlleva que la doctrina señale que La prestación de servicios, como relación personal intuitu personae incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional⁹”.

De lo anterior citado por Vázquez podemos concluir que se trata de una obligación contractual, tal y como se establece en el artículo 1.091 del Código Civil, que dispone que *las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos*. Al situarnos en el ámbito sanitario, nos encontramos con dos variantes respecto del ámbito en el que los profesionales desarrollen su actividad, por un lado, los centros privados y por otro los centros públicos. Cuando el facultativo ejerce su actividad en un centro privado entendemos que se da una relación plenamente contractual, la que hemos venido desarrollando a lo largo del punto, en donde lo que une al paciente con facultativo es un contrato de arrendamiento de servicios. Por el otro lado, cuando el facultativo presta sus servicios en el ámbito público, aquí nos encontramos ante un tipo de responsabilidad extracontractual, ya que el profesional se encuentra sujeto y dependiente a la administración que le contrata y es en este ámbito en donde podemos encontrar la mayoría de reclamaciones por parte de los pacientes, siendo así que la actuación del profesional se encuentra vinculada a una administración pública, dando lugar a ello a la responsabilidad de la administración sanitaria cuyos Servicios Públicos de Salud tienen la obligación de proporcionar una asistencia adecuada en tiempo y lugar al problema que presenta el paciente, algo que va más allá de la *lex artis*, definida como el conjunto de

⁹ Sentencia de 29 de julio de 1994 RJ:19946937.

reglas técnicas a la que ha de ajustarse la actuación de un profesional en el ejercicio de su oficio¹⁰.

4) ACTUACIÓN DEL PERSONAL SANITARIO

4.1 Lex Artis ad hoc

Antes de pasar a desarrollar tanto las obligaciones y competencias de los médicos como el consentimiento informado, dos puntos de gran importancia dentro de la actuación del personal sanitario, en primer lugar, debemos definir lo que se entiende por Lex Artis y la importancia que tiene dentro del proceder y actuar médico.

El concepto de Lex Artis se ha venido configurando por parte de la jurisprudencia en el ámbito sanitario, tanto a nivel civil como a nivel contencioso-administrativo y la ha definido de una manera simple como *“aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”*¹¹ también lo define otra Sentencia del Tribunal Supremo *“Comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza”*.¹² Así mismo se establece por parte de la jurisprudencia que la obligación del profesional es una obligación de medios y no de resultados todo ello si nos referimos a la medicina en el ámbito curativo, pues aquí la obligación del facultativo es la de prestar un asistencia médica pero no de garantizar resultados como se podría dar en el caso de la medicina voluntaria.

Con frecuencia también se puede encontrar la definición de Lex Artis ad hoc, y en este caso hace referencia al tratamiento o actuación médica aplicable al caso específico a tratar teniendo en cuenta la especialización del facultativo, la complejidad del caso a tratar y la trascendencia que conlleva para el paciente. En este caso al tratarse de un criterio determinante en la actuación del profesional, el criterio de la Lex Artis es de

¹⁰ Definición Lex Artis, Diccionario Panhispánico <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>. Consulta 27/07/2021.

¹¹ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2006, Rec. 59/2000

¹² Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006, Rec. 2761/1999.

obligada consideración en el momento de declarar la posible responsabilidad que corresponda.

Una vez que tenemos definido el concepto de Lex Artis y a modo de resumen podemos decir que la responsabilidad del médico para con el paciente sólo podrá determinarse analizando si se ha producido alguna infracción de las normas y protocolos que constituyen la Lex Artis ad hoc en cada caso.

4.2 Obligaciones y competencias de los médicos.

Para el desarrollo de este punto en primer lugar debemos tener claras cuáles son las competencias de los profesionales médicos y en dónde se encuentran reguladas. Es por ello que en debemos ir en primer lugar, a la Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias y en su artículo 6 apartado segundo letra a) se establece que:

2. Sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario ni de las que puedan desarrollar otros profesionales, son funciones de cada una de las profesiones sanitarias de nivel de Licenciados las siguientes:

a) Médicos: corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención¹³.

Por lo que, en segundo lugar, para complementar lo establecido en la Ley, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo los requisitos de las obligaciones que lleva aparejada la profesión médica. En reiterada doctrina de la Sala Primera, de lo Civil, del Tribunal Supremo, en concreto, en la Sentencia del 25 de abril de 1994, se establece como primer deber del facultativo, la utilización de cuantos medios conozca la ciencia y que se encuentren a disposición del médico en el lugar en el que se lleva a cabo el tratamiento, es decir que en todo momento el proceder del médico se rija

¹³ Artículo 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

por la *lex artis ad hoc*. Como segundo deber se establece informar al paciente siempre que ello sea posible o en su caso a sus familiares, del diagnóstico y su pronóstico, del tratamiento a seguir, de los riesgos que este tratamiento puede llevar aparejado en especial si se trata de un tratamiento que hace necesaria una cirugía. Como tercer deber se establece la continuación del tratamiento del paciente hasta que se produzca su recuperación y pueda ser dado de alta del centro en el que se encuentra. Asimismo, una vez se procede a darle el alta se le deberá advertir de los riesgos una vez abandone el centro. Y como cuarto deber se considera que cuando el paciente adolezca de enfermedades que se cataloguen como crónicas, se le deberá informar la necesidad de seguir con todo tipo de tratamiento que sean necesarios para evitar el agravamiento o en su caso que la enfermedad vuelva a surgir.

Una vez expuestos los deberes de los facultativos y entendiendo que, conforme a la doctrina, así como a la Ley 44/2003, se puede resumir en que la actuación del facultativo debe adaptarse en todo momento a la *lex artis ad hoc*, así como informar la paciente y contar con el consentimiento del mismo a la hora de realizar cualquier clase de intervención o tratamiento el cual deberá tener la duración necesaria hasta la mejoría y recuperación del paciente.

4.3 El consentimiento informado

Para que podamos empezar a desarrollar este punto, en primer lugar, debemos atender al concepto de información al paciente y lo que ello conlleva en la práctica médica. Para empezar, debemos atenernos a lo que se establece en los artículos 4 a 6 de la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente, sobre el derecho a la información al paciente, el titular del derecho a la información asistencial y el derecho a la información epidemiológica, en estos artículos se puede resumir que la obligación de información constituye un requisito previo e indispensable para la obtención del consentimiento del paciente y por consiguiente para el inicio de cualquier tratamiento e intervención que el paciente requiera.

Siguiendo en esta línea en la Sentencia de 19 junio de 2007, expone que:

(i) «que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario; (ii) la «especial intensidad

de ese deber en los casos de medicina no estrictamente necesaria», y (iii) «que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega¹⁴».

Por consentimiento informado se entiende que se trata de un procedimiento mediante el cual el profesional informa al paciente sobre el tratamiento, sus beneficios y sus riesgos y la manera en la que se va a llevar a cabo, el consentimiento debe ser firmado de manera consciente y voluntaria por el paciente, quien está en su libre voluntad de aceptar o rechazar el tratamiento siendo el objetivo de este consentimiento que el paciente pueda tomar todas aquellas decisiones que crea conveniente de acuerdo a su estado de salud. La jurisprudencia del Tribunal Supremo califica el consentimiento informado como un derecho fundamental y aunque está claro que este derecho no se encuentra incluido como tal dentro del Capítulo Segundo dedicado a los Derechos Fundamentales en nuestra Carta Magna se trata de un derecho de fundamental importancia para el paciente, ya toda información dada por el médico es de suma importancia y esto porque tal y como se establece en el artículo 10 de la Ley de Autonomía del paciente se establece que el facultativo proporcionará al paciente toda información básica en relación a las consecuencias relevantes de la intervención, de los riesgos relacionados con las circunstancias tanto personales o profesionales del paciente, así como de los riesgos probables y las contraindicaciones.

En algunos casos no es el propio paciente el que se encuentra en capacidad firmar el consentimiento informado y es entonces donde entra la figura del representante legal, que será a la persona a la que se deba informar del tratamiento o intervención y que por lo tanto es la persona que firmará el consentimiento informado. Esta situación de límites del consentimiento y consentimiento por representación la encontramos recogida en la Ley 41/2002 en su artículo 9.3 y se da para los siguientes casos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 junio de 2007.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente¹⁵.

Teniendo definido el concepto de consentimiento informado y quien es el responsable de comunicarlo al paciente, así de como la figura del representante legal, en los siguientes apartados vamos a proceder a explicar el contenido del mismo, así como las consecuencias que conlleva la falta de información, la ausencia o defecto del consentimiento informado.

a) Contenido e información del consentimiento informado.

En primer lugar, comentaremos la diferenciación entre medicina curativa y medicina voluntaria, siendo esta diferenciación de gran importancia para el desarrollo de este apartado pues la diferencia entre los dos tipos de medicina se basa en la naturaleza de la obligación que tiene el facultativo, siendo así que facultativo en la medicina voluntaria la naturaleza de la obligación es de resultado, al tratar de un procedimiento voluntario y que no es necesario para el paciente, mientras que en la medicina curativa la obligación del facultativo se basa en la mejoría o curación de salud del paciente por lo que su actuación debe ser acorde a los medios que la ciencia en ese momento disponga así como su proceder de acuerdo a la *lex artis*¹⁶, dando así lugar a esto que en el ámbito de la medicina voluntaria la información que el profesional debe dar al paciente se haga de una forma más exhaustiva. Esta distinción ha sido reiterada por la jurisprudencia tal y como se puede ver en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012, en la que se pronuncia “*los efectos que origina la falta de información están especialmente*

¹⁵ Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 RJ: 2000/7799.

vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa¹⁷". Entendiendo así el pronunciamiento de la sala que, el contenido del que se debe informar al paciente presenta diferentes exigencias según el tipo de medicina en el que nos encontremos.

Con carácter general el contenido que debe tener el consentimiento informado, así como de la información que se debe dar se encuentra recogido en el artículo 8 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, siendo así que se establece que:

1. 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.

2. 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.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, 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.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento¹⁸.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012.

¹⁸ Artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Por lo tanto, se puede entender de este articulado que el consentimiento informado se exige antes de cada intervención o actuación médica tanto si se trata de medicina curativa, como si se trata de medicina voluntaria, ya que la actuación médica supone una intervención y que al menos debe contener criterios de información tales como:

- La naturaleza de la intervención y el porqué de la intervención.
- Beneficios, riesgos y los posibles efectos de no llevar a cabo la intervención.
- Alternativas a la intervención si es posible.
- Explicación por parte del facultativo de todas las posibles opciones y de cuál de todas ellas es la mejor.

Por parte de la jurisprudencia se entiende que el consentimiento informado es un elemento esencial de la *lex artis* por la que se rigen los profesionales, y cuya omisión puede generar responsabilidades cuando se materializan los riesgos típicos de los que se debe informar al paciente, entendiendo así por riesgos típicos definidos por la jurisprudencia como aquellos que son inherentes a la actuación médica, riesgos que van asociados a la intervención o tratamiento propuesto que se pueden llegar a producir, sin la posibilidad de que puedan ser evitados incluso con la debida diligencia por parte del facultativo o del equipo médico que actúen conforme a la *lex artis*. Por lo que al tratarse de riesgo que van aparejados a la intervención o el tratamiento se entiende que son riesgos previsibles y que por lo tanto se trata de riesgos conocidos por el facultativo al momento de realizar la intervención o tratamiento y por lo tanto serán del conocimiento del paciente, ahora bien ello no viene a decir que el hecho de que el riesgo sea previsible se vea materializado en el momento de la intervención o del tratamiento, puesto que el hecho de que un riesgo pueda ser previsible en una determinada intervención no supone que este va a producirse. Se ha de tener en cuenta que la jurisprudencia también hace mención sobre los riesgos atípicos calificándolos como aquellos que no se encuentran de forma inherente en la intervención o en el tratamiento y que por lo tanto no resultan previsibles para el facultativo, y que por lo tanto tienen la consideración de riesgos imprevisibles.

Siendo así que, al tratarse de un elemento fundamental, para el paciente y que de acuerdo al tipo de médica en el que nos encontremos, argumenta VÁZQUEZ BARROS, que la figura del médico adquiere un gran importancia sobre todo en los supuestos en los que no solo interviene un médico sino todo un equipo de facultativos o se trata de

intervenciones de diferentes especialidades, recayendo de igual manera la obligación y responsabilidad de informar en uno de ellos, ya sea al propio paciente, a su representante legal o a sus familiares¹⁹.

Por lo que una vez que tenemos definidos los conceptos de medicina curativa y medicina voluntaria, así como los requisitos y criterios de información que se deben dar al paciente, como la diferencia entre los riesgos típicos y atípicos, pasaremos a continuación a exponer la información que se debe dar en la medicina curativa y en la medicina voluntaria.

- **Medicina curativa.**

Para poder adentrarnos y desarrollar los requisitos exigidos para el consentimiento informado, en un principio debemos empezar explicando el tipo de relación facultativo – paciente que encontramos en esta medicina. Pues bien, tal y como en apartados anteriores detallamos que la relación entre profesional de la medicina y paciente se rige por medio de un contrato, en la medicina curativa también se rige por medio de un contrato, entendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se trata de un contrato cuya naturaleza es de un contrato de servicio, tal y como se puede apreciar en la Sentencia del 29 de octubre de 2004 donde se pronuncia el tribunal diciendo “*el contrato que vincula al médico y paciente en la medicina curativa es de prestación de servicios, ya que aquél no se obliga a la curación de éste, sino a prestar los servicios adecuados a tal fin, como obligación de actividad o de medio*²⁰”. Es por ello lógico pensar que tanto lo que se establece por parte de la doctrina del Tribunal Supremo, así como lo ya comentado antes por VÁZQUEZ BARROS, el facultativo en el ámbito de la medicina curativa se encuentra ante una obligación de medios más no de resultados, ya que el facultativo se obliga a cumplir con diligencia, así como a actuar conforme a los medios y al estado de la ciencia.

Por lo que una vez tenemos ya clara y definida la relación que opera en este ámbito de la medicina entre profesional y paciente, haremos hincapié en los requisitos esenciales que debe tener el consentimiento informado. En este tipo de medicina, la información que debe dar el facultativo es aquella que esté relacionada con los riesgos típicos de la

¹⁹ VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 139.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 2004.

intervención o del tratamiento al que se someta el paciente, entendiéndose también que, en la medicina curativa, el facultativo no queda sujeto a una obligación de curar al paciente, sino que debe proporcionarle todos los cuidados que requiera conforme el estado de la ciencia en el momento del procedimiento médico. También se ha de señalar que la jurisprudencia en este ámbito de la medicina, establece que en el momento de dar la información además de los riesgos típicos se deberá informar de todos aquellos riesgos que revisten de un gravedad extrema para la salud del paciente pero asimismo quedan excluidos todos aquellos riesgos que por cuestiones del estado de la ciencia en el momento de la actuación médica no se puedan conocer y por consiguiente el facultativo no tiene conocimiento del alcance de los mismos.

- **Medicina voluntaria**

Al igual que hemos desarrollado la relación entre médico – paciente en la medicina curativa, pasaremos a desarrollarlo en la medicina voluntaria.

En el caso de la medicina voluntaria podemos ver como a diferencia de la medicina curativa, se exige por parte del facultativo un deber de información más profundo y exhaustivo, porque tal y como detallábamos anteriormente, se trata de procedimientos a los que el paciente se somete de forma voluntaria al no estar en riesgo ni ver ningún perjuicio en su salud, por la exigencia en el deber de información ha sido retirado por la jurisprudencia, entendiéndose así que corresponde al facultativo el deber de informar al paciente tanto de todos los riesgos típicos inherentes del procedimiento, así como de los posibles riesgos atípicos que puedan surgir.

b) Cuando debe darse la información, cómo y destinatarios de la misma.

Asimismo se puede entender en el articulado anteriormente expuesto que se desprende que toda información que se le brinde al paciente se deberá hacer de forma escrita cuando se trate de procedimientos que conlleven una intervención quirúrgica, de procedimientos diagnóstico y terapéuticos invasores, por lo que encontramos aquí los tres supuestos en los que se vería encuadrada la obligación de prestar el consentimiento informado por escrito al paciente ya que se tratan de procedimientos que suponen para la salud del paciente un riesgo.

Viene entender la jurisprudencia que la información que se le debe dar al paciente o a su representante legal, debe tratarse de información “*exhaustiva, es decir, que, en la*

comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen”. Asimismo, que debe tratarse de información “*correcta, veraz y leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará el consentimiento debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad*²¹”. Asimismo, entiende la jurisprudencia que el valor del consentimiento informado que se brinda al paciente de forma escrita, tiene un valor probatorio, ya que entiende la jurisprudencia que la carga de la prueba recae en el facultativo al ser el responsable de tener el deber de informar al paciente ante de cualquier intervención al paciente que requiera de consentimiento ya sea este prestado de forma oral o verbal.²²

En principio se entiende que el destinatario de esta información es el propio paciente que va a recibir el tratamiento o el representante legal del paciente si se trata de un supuesto regulado por la Ley. También se entiende que se encuentran legitimados para recibir información sobre el tratamiento o la intervención quirúrgica, familiares del paciente siempre y cuando el paciente lo permita. En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas se estará a lo que se establece en el artículo 9.3 de la Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica siendo así que se debe recurrir a la figura del representante legal, asimismo el facultativo que en el deber de sus funciones en el momento de informar al paciente de todo lo relativo con el procedimiento, intervención o tratamiento dude de la capacidad del paciente para dar su consentimiento de forma libre, voluntaria y consciente, puede pedir a los familiares que acompañen al paciente que tomen o no la decisión y llegado el caso de que no haya familiares o estos no lleguen a un consenso podrá el médico poner esta decisión en manos de un órgano judicial competente para conocer del asunto y que sea este el encargado de dar solución.

c) Excepciones o límites a la información.

El primer límite a la información del consentimiento informado lo podemos encontrar en la propia ley en el artículo 8.5 de la Ley 41/2002 Básica Reguladora de la

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo sala primera de 27 abril 2001 RJ: 2001/6891.

²² Sentencia del Tribunal Supremo sala primera de 2 julio 2002 RJ: 2002/5514.

Autonomía del Paciente en donde se establece que *“El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento.”* Por lo que nos recuerda así este articulado que nos encontramos ante un principio de autonomía de la voluntad del paciente y que por lo mismo el consentimiento puede ser revocado en cualquier momento por el paciente, dicha revocación se debe hacer por escrito para dejar así constancia de que el paciente no requiere seguir con la asistencia médica.

Otro de los supuesto en los que podemos ver un límite a la información es cuando se da el supuesto que se establece en el artículo 5.4 de la Ley 41/2002, en el que se reconoce que se puede limitar la información al paciente es cuando se dé una situación de necesidad terapéutica, entendiéndose por necesidad terapéutica *“la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.”*²³. por lo que se establece según se entiende del articulado es la facultad de actuación que tiene el facultativo para llevar a cabo todos los procedimientos médicos que sean necesarios para la curación del paciente, siempre y cuando esta circunstancia de necesidad terapéutica quede reflejada en la historia clínica del paciente, informando así mismo de la situación a los familiares y en los casos establecidos al representante legal del paciente.

El siguiente supuesto en el que nos encontramos ante un límite a la información del paciente, viene regulado en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, cuando se trate de intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin contar con el consentimiento del paciente, tales como:

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.

²³ Artículo 5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

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 él²⁴.

En el caso de lo que se establece en el apartado a) del artículo 9.2 las medidas se podrán adoptar siempre y cuando concurren circunstancias o razones sanitarias de urgencia o necesidad y siempre y cuando se aprecien indicios que supongan un peligro para la salud pública y ello como consecuencia de estado de salud de una persona o de un grupo de personas.

Como ejemplo en este sentido podemos exponer, el caso que se dio en el mes de noviembre del año 2010 en un colegio de Granada, cuando a principios de mes fue detectado un brote epidémico de sarampión en un colegio del barrio del Albaicín, ante la situación en la que ya se veían afectadas 46 personas de las cuales 14 precisaron atención hospitalaria, la Delegación de salud en Granada, solicitó la intervención judicial ante la negativa de un grupo de padres que se negaba a vacunar a sus hijos tras el brote de sarampión en el que al menos 35 se habían contagiado en el colegio.

El calendario de vacunación establece que la primera dosis de la vacuna contra el sarampión se haga a los niños de 15 meses y que debido a la situación el Servicio de Salud Pública decidió adelantar la dosis a los niños mayores de 12 meses.

Situación que dio lugar a que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Granada dictara Auto con fecha de 24 de diciembre de 2010, autorizando la vacunación forzosa de estos 35 menores contra el sarampión, decisión basada en la doctrina del Tribunal Constitucional²⁵ en la que hace referencia a la autorización a la administración sanitaria que lo solicite en determinadas circunstancias como, a favor del interés colectivo, a favor de interés superior del menor, la medida adoptada debe cumplir unos fines constitucionales, así como respetar el principio de proporcionalidad y estar sujeta a una norma con rango de ley.

Para el caso de lo que se establece en el apartado b) se trata de un supuesto en el que a consecuencia de un accidente o en el caso de una agravación de la enfermedad del paciente, el mismo entra en el centro sin la capacidad suficiente para poder prestar el consentimiento informado que por obligación el facultativo que le asiste le tiene que dar,

²⁴ Artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1987.

por lo que nos encontramos ante un caso en el que debido a la urgencia con la que entra el paciente en el centro hospitalario y al desconocer datos que puedan ayudar obtener un consentimiento informado, ya sea por consentimiento firmado por el propio paciente, como por consentimiento informado firmado por familiares dependiendo la situación médica en la que se encuentre el paciente, por lo que ante estas circunstancias deben concurrir tres requisitos para que concurra lo establecido en el apartado b) del artículo 9.3 y son:

- Que se dé una situación de riesgo grave e inminente para la integridad física y psíquica del paciente.
- Que en el momento de conseguir la autorización no sea posible, bien porque el paciente no se encuentra en facultades para hacerlo a consecuencia de la enfermedad o bien porque debido al alcance de la enfermedad esta no le permita comprender la relevancia de la misma y el tratamiento a seguir.
- Que debido a la urgencia que presenta la salud del paciente o a la falta de información no sea posible recabar el consentimiento informado de familiares, representante legal o de las personas que se encuentre legitimadas en razón del artículo 9.3.a) de la Ley 41/2002²⁶.

De igual forma en este supuesto y tal y como se comentó en el anterior, todo procedimiento que se haga al paciente deberá quedar constancia en la historia clínica del paciente.

d) Falta de información y su posible consecuencia.

En el caso de que el paciente que debe prestar el consentimiento informado, no conozca las consecuencias de la intervención que se va a practicar, del procedimiento médico que se va a seguir o de los riesgos que comporta alguno de los dos, esto puede dar lugar a que nos encontremos ante un consentimiento informado viciado, debido a la falta de conocimiento y de información por parte del paciente, que en ocasiones puede llegar a dar un consentimiento ineficaz.

²⁶ SANCHO GALLARGO, IGNACIO “*Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*” Working Paper nº: 209, pág. 21.

En este sentido podemos poner como ejemplo el caso que se dio en Andalucía sobre la falta de información a un paciente que según lo que se establece en la resolución no existió un control por parte del médico de familia al no comunicar que padecía durante varios años una hiperglucemia de la que en ningún momento fue tratado. Según se desprende de reclamación presentada por el abogado, el paciente en 2009 fue tratado de urgencias por una depresión, recibió asistencia psiquiátrica donde se realizaron analíticas, siendo así que en el informe que se le entregó se hace constar “*hemograma, BQ y coagulación normales*”. En el año 2012 el paciente vuelve a acudir a urgencias en este caso por una parestesia en ambos pies y manos con un tiempo de evolución y tras varias analíticas practicadas, el diagnóstico fue “*polineuropatía mixta de predominio sensorial y axonal en la probable relación con diabetes*”. En el año 2013 le citaron con el Servicio de Medicina Interna para una revisión. Durante la exploración clínica el médico comprobó que, en 2009, la primera visita a urgencias que tuvo el paciente, se le realizó una analítica que reflejaba una glucemia 300mg/dl. Repitiéndose así la analítica unas horas más tarde con un resultado patológico y sin ningún tipo de respuesta médica según pudo comprobar el facultativo en la historia clínica. Es por ello que el paciente, al no tener conocimiento sobre el padecimiento de la enfermedad, continuó con su vida de manera normal, desconociendo totalmente sobre la hiperglucemia que padecía y del descontrol metabólico del que sufrió que le perjudicó de gran manera hasta el correcto diagnóstico.

Es por esto que el SAS, Servicio Andaluz de Salud acepta que la enfermedad presente en el paciente, siendo esta polineuropatía se trata de uno de los cuadros más graves el padecimiento de la diabetes. Siendo así que el SAS, dictó resolución por la que reconoce una mala praxis médica al considerar que “*no existió control del paciente por atención primaria ni se reflejó en la historia clínica del paciente control alguno relacionado con la enfermedad del paciente*”, por lo que se reconoce la negligencia médica con el paciente por lo que la entidad gestora concede una indemnización de 30.000 euros por los daños y perjuicios causados²⁷.

Otra de las consecuencias que se pueden dar ante la falta o ausencia del consentimiento informado lo podemos encontrar en la Sentencia del Tribunal Superior de

²⁷ C.CALVIN ABOGADOS <https://www.stopnegligenciasmedicas.com/negligencia-medica-por-falta-de-informacion/> Consulta 17/11/2021.

Justicia de Navarra en la que se establece los requisitos que deben darse para dar lugar a la responsabilidad por parte del facultativo debido a un consentimiento desinformado.

En primer lugar, establece que *“el paciente haya sufrido un daño, que este sea cierto, personal y probado”*. En segundo lugar *“que el daño sufrido sea como consecuencia de la intervención médica y materialización de un riesgo típico a ella, el daño no solo debe estar vinculado a intervención, sino que además debe ser un riesgo que comporta típicamente la misma y que por lo tanto el paciente debió ser informado previamente”*. En tercer lugar *“que de tal riesgo que comporta la intervención el paciente no hubiere sido informado previamente de la intervención, pues tal y como se desprende de lo anterior es la prestación del consentimiento consciente y libre por parte del paciente lo que determina la asunción de la responsabilidad por parte del médico y en este caso tratándose de un riesgo típico de la intervención la omisión de los mismos es más que suficiente”*. En cuarto lugar *“que el daño constituya una incidencia de la intervención no atribuible a la negligente actuación del facultativo”*²⁸.

Las consecuencias de su infracción, se resumen en la Sentencia del Tribunal Supremo 227/2016 que señala que *“tanto esta Sala de la jurisdicción civil como la de la contencioso-administrativo del TS se ha ocupado de la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado.*

Se ha venido distinguiendo entre supuestos en los que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado y, en principio, no habría lugar a indemnización (STS 29 de junio de 2007), sin perjuicio de que en ciertas circunstancias, se pudiese determinar la existencia de un daño moral, de aquellos otros en que, de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente hubiese sido negarse a la intervención, por lo que, al no existir incertidumbre causal, se concede la indemnización íntegra del perjuicio que se ha materializado (SSTS 23 de abril de 1992; 26 de septiembre de 2000; 2 de julio de 2002; 21 de octubre de 2005). Así viene a reconocerlo la sentencia que se cita por el recurrente de 4 de marzo de 2011.

²⁸ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra 22/2001, de 27 octubre de 2001.

Cuando no existe incertidumbre causal en los términos extremos antes expuestos, surge la teoría de la pérdida de oportunidad en la que el daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse omitido la información previa al consentimiento y de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, privando al paciente de la toma de decisiones que afectan a su salud (SSTS de 10 de mayo de 2006; 30 de junio de 2009 y la citada en el recurso de 16 de enero de 2012).

Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011, están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre de 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos preVISIBLES, independientemente de su probabilidad o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre de 2005 -cicatriz queloidea-; 10 de mayo de 2006 -ostecondroma de peroné-); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero de 2004 -corrección de miopía-); complicaciones o resultados adversos preVISIBLES y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre de 2006 -artrodesis-; 15 de noviembre de 2006 -litotricia extracorpórea-; 27 de septiembre de 2010 -abdominoplastia-; 30 de junio de 2009 -implantación de prótesis de la cadera izquierda-); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio de 2008 -extirpación de tumor vesical-); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (STS 13 de octubre de 2009 -vitrectomía-); necesidad de la intervención (STS 21 de enero de 2009 -cifoescoliosis-; 7 de marzo de 2000 -extracción de médula ósea-), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre de 2005 y 23 de noviembre de 2007 -síndrome de Down-).

Todas estas circunstancias plantean un doble problema: en primer lugar, de identificación del daño: corporal, moral y patrimonial; en segundo, de cuantificación de la suma indemnizatoria, que puede hacerse de la forma siguiente:

(i) Por los totales perjuicios causados, conforme a los criterios generales, teniendo en cuenta el aseguramiento del resultado, más vinculado a la medicina necesaria que a la curativa, pero sin excluir ésta; la falta de información y la probabilidad de que el paciente de haber conocido las consecuencias resultantes no se hubiera sometido a un determinado tratamiento o intervención.

(ii) Con el alcance propio del daño moral, en razón a la gravedad de la intervención, sus riesgos y las circunstancias del paciente, así como del patrimonial sufrido por lesión del derecho de autodeterminación, integridad física y psíquica y dignidad.

(iii) Por la pérdida de oportunidades o de expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso)

Todas estas circunstancias se deben evaluar para, ante la ausencia de consentimiento informado, fijar la indemnización”.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tras definir la omisión o deficiencia del consentimiento informado como una mala praxis formal del facultativo en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado, ha establecido que en aquellos supuestos en los que de haber existido información previa adecuada, la decisión del paciente no hubiese variado, en principio, no habrá lugar a indemnización (STS 29 de junio de 2007).

Por su parte, la Sección 1ª de la sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su sentencia 230/2014, de 7 de mayo señala que *"dice la sentencia de 20 de noviembre de 2009, y reiteran las de 3 de marzo de 2010 y 19 de julio 2013, que "La responsabilidad del profesional médico es de medios y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados comprometiéndose no solo a cumplimentar las técnicas previstas para la patología en cuestión, con arreglo a la ciencia médica adecuada a una buena praxis, sino a aplicar*

estas técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención, y, en particular, a proporcionar al paciente la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. 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, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la lex artis, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo 2008; 30 de junio 2009)".

5) TRATAMIENTO JURIDICO DE LA CUESTIÓN: EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD POR LA VÍA CIVIL, PENAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

En el ámbito legal, la responsabilidad de los profesionales médicos y dependiendo del tipo de responsabilidad y daño causado que corresponda, se podrá hacer, tanto por la vía civil, como por la administrativa, así como por la vía penal.

En primer lugar, desarrollaremos la responsabilidad sanitaria en el ámbito civil, el seguro de responsabilidad civil existente, su definición, la distinción de las distintas responsabilidades dentro del ámbito civil, y los requisitos exigidos para que pueda apreciarse dicha responsabilidad. En segundo y tercer lugar analizaremos la responsabilidad administrativa y por último la responsabilidad penal.

5.1) RESPONSABILIDAD CIVIL

Al inicio el sistema de la responsabilidad civil tenía como fin una naturaleza exclusivamente sancionadora, por lo que su principal fin era sancionar al sujeto que

causare un daño a otro. Es por ello que, junto con la idea de reparación, en el siglo XIX comienza una evolución cuyo desarrollo alcanza su máximo en el siglo XX, y es por ello por lo que en el Código Civil el artículo 1089 establece que *“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.”* Dando así lugar a la aparición de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico como una fuente de obligaciones, en los casos en los que alguien produce un daño a otro con una determinada actuación.²⁹

En este sentido el artículo 1089 hace referencia a hechos o actos que cuentan con una naturaleza jurídica muy distinta. Es por ello que cuando hace mención a “actos y omisiones ilícitos” hace referencia a las conductas que están penadas por la ley, mientras que por “actos u omisiones en los que intervengan cualquier género de culpa o negligencia” se entienden que son aquellas que, a pesar de no estar penalmente sancionadas, llevan aparejadas un daño. Es por ello que cabe hacer mención a dos distinciones, en primer lugar, se conoce como ilícitos penales a los primeros y actos ilícitos a los segundos. Teniendo en cuenta esta distinción y a la vista que la responsabilidad civil deriva de los actos ilícitos penales, tal responsabilidad solo surge si el acto u omisión se encuentra expresamente sancionado por las normas penales, tal y como se establece en el artículo 1092 del Código Civil que hace una remisión expresa a estas normas, por lo que la responsabilidad civil derivada de los hechos que están tipificados como delitos se rigen por las normas penales.

Por otro lado, tenemos la responsabilidad de los actos ilícitos civiles el artículo 1093 del Código Civil establece que *“Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley.* Asimismo establece el articulado que se rigen por el *capítulo II del Título XVI este libro* en donde se abarcan los artículos 1902 a 1910 que llevan por rúbrica *“De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”* y se trata de normas sobre la responsabilidad derivada de un ilícito civil y todo estos se produce, en dos situaciones, la primera de ellas se da sin que haya una

²⁹ REGLERO CAMPOS, L: F. y col., Conceptos generales y elementos de delimitación, en Tratado de Responsabilidad civil, Navarra, 2006; YZQUIERDO TOLSADA, M., Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid, 2001; JIMÉNEZ LÓPEZ, M^a. N., Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria, Madrid, 2011. MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil, Murcia, 2011, pp. 11-111.

relación previa entre los sujetos que intervienen, siendo uno de ellos el que causa el daño y otro el que lo padece y la segunda se da cuando había una relación previa³⁰.

Asimismo, debemos hacer mención de la responsabilidad que en este caso tiene la administración que se trataría de una responsabilidad directa, pues responde de los daños cometidos por sus funcionarios de modo directo, sin perjuicio que en algunos casos la administración pueda repercutir contra el funcionario.

Cierto es que, en cuanto al tratamiento de la cuestión en nuestro país desde hace un tiempo existe un extraordinario aumento en las reclamaciones contra los médicos y las instituciones sanitarias, todo ello vinculado a las expectativas que tenía tanto el paciente al momento en el que se va a proceder con el tratamiento o con la intervención médica, como la familia acerca del procedimiento que se va llevar a cabo. Es por ello y ante el auge de demandas exigiendo la responsabilidad de los profesionales se ha creado un seguro de responsabilidad civil. Es por ello que para entender más sobre la cuestión debemos remontarnos a la modalidad de seguro de responsabilidad civil regulado en la Ley de contrato de seguro de 1980, modificada posteriormente en sus artículos 73 a 76.

En el artículo 73 en donde se hace la definición del contrato de seguro de responsabilidad civil argumenta SÁNCHEZ CALERO, que se hace énfasis en modo más especial en el riesgo del asegurado, pues en el contrato de seguro las partes tiene que efectuar una delimitación del riesgo, es decir qué causas del nacimiento de la deuda de responsabilidad civil del profesional se encuentran cubiertas por el asegurador, el momento en el que empieza y termina dicha cobertura, así como la delimitación del lugar dentro del cual pueden producirse los hechos dañosos que den lugar a la responsabilidad del profesional, por delimitación del lugar SÁNCHEZ CALERO, se refiere a un espacio físico como puede ser bien un determinado hospital en el que el médico ejerza su profesión, el territorio de una Comunidad Autónoma, algún país de la Unión Europea.

El primer dato relevante que podemos extraer del contrato de seguro de responsabilidad civil es:

- A) Extrae SÁNCHEZ CALERO del contrato de seguro de responsabilidad civil la obligación de indemnizar a un tercero, en este caso el patrimonio del asegurado se ve gravado con el nacimiento de una deuda, diferenciando en

³⁰ GÓMEZ RIVERO M. ^a. C.- SUCH MARTÍNEZ J.- SILLERO CROVETTO B.- CAMAS JIMENA M. *Responsabilidad médica*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Pág., 142-143.

este caso por un lado el nacimiento de una deuda y por otro que el deudor ha de ser el asegurado.

- El seguro de responsabilidad civil presupone tal y como se ha venido desarrollando el nacimiento de una deuda que grava el patrimonio del asegurado, asimismo el artículo 73 nos habla de la obligación de indemnizar, pues en este sentido se refiere a la parte pasiva de la relación, es decir a un tercero. Cabe también advertir que tratándose de una deuda indemnizatoria, la obligación del asegurador puede derivar tanto de un contrato que este tenga con un tercero en donde se desprenda los supuestos de responsabilidad civil, como de manera extracontractual, diferenciando así la responsabilidad contractual como aquella que se produce cuando el paciente tiene una relación con un médico que desarrolla su profesión en una institución u hospital privado, ya que se considera que en el ámbito de la Seguridad Social se rige por una relación extracontractual y que por tanto de la misma se deriva una responsabilidad extracontractual, pues en este caso entre el médico y el paciente no existe un contrato.
- La obligación ha de ser a cargo del médico asegurado, nos podemos encontrar ante la situación que se dé la responsabilidad de un solo médico o que se reúna la responsabilidad en un conjunto de médicos que trabajen en un mismo Hospital o Centro Hospitalario privado. En el supuesto de la concurrencia de varias personas y cuando no se pueda determinar la persona la responsabilidad de la persona que ha ocasionado el daño, una vez que los Tribunales hayan apreciado la existencia de culpa o negligencia en este supuesto declararan la responsabilidad solidaria de los facultativos que hayan participado en el acto médico que consideran dañoso.

B) El segundo dato relevante que se puede extraer del artículo 73, el seguro de responsabilidad civil trata de cubrir el riesgo del nacimiento de una deuda tratándose esta de una deuda de indemnización o resarcimiento a un tercero que es aquel que ha sufrido en su persona los daños y perjuicios causados por el hechos previsto en el contrato de seguro, encontrándonos ante una

responsabilidad derivada de un hecho dañoso que da lugar a un resarcimiento de daños y perjuicios de cuyas consecuencias es civilmente responsable el asegurado que en este caso se trata del profesional de la medicina.

- C) Para delimitar el riesgo cubierto por el asegurador es esencial conocer el hecho que ha causado los daños y perjuicios, ya que del mismo deriva la obligación de indemnizar. En la responsabilidad contractual el hecho de incumplimiento de contrato y en la extracontractual el hecho que cause el daño.

En cuanto al seguro de responsabilidad médica, la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene cierta jurisprudencia al respecto, pues tiene declarado que el médico asume una obligación de medios, es decir el facultativo se obliga a utilizar de todos los medios que conozca y conforme le permita el avance de la ciencia, pero no se obliga a un resultado, como podría ser la curación del paciente, según se establece en la Sentencia de 11 de febrero de 1997. Asimismo se establece por la jurisprudencia que el seguro cubre la responsabilidad civil pactada dentro de los límites pactados, en el supuesto que la falta de diligencia del médico surja tal responsabilidad, partiendo sobre la idea de que sobre facultativo pesa una obligación de medios, la declaración de la responsabilidad civil por parte del médico hará responsable al asegurador del pago al tercero que sufre de la lesión o daño, de la indemnización que le corresponda dentro de los límites pactados por lo que también habrá que verse no solo si la causa de esa responsabilidad civil cae dentro de la delimitación del riesgo asegurado, sino también de los límites que se hayan fijado a la suma asegurada. Es más, en la regulación del seguro de responsabilidad civil nuestro ordenamiento ha reconocido en favor del tercero perjudicado una acción directa contra el asegurador, de modo que el tercero podrá reclamar a éste el pago de la indemnización por los daños que, según su criterio, le ha causado el médico. La jurisprudencia ha establecido que el causante del daño siendo en este caso el facultativo y el asegurador son deudores solidarios, de forma tal que puede demandar a cualquiera de ellos indistintamente o bien a los dos. En todo caso para que el asegurador sea condenado al pago deberá el Juez declarar previamente que el tercero ha sufrido un daño y que es responsable de ese daño es el médico. Lo que hace que sea necesario que, cuando se demanda al asegurador demandar al propio tiempo al causante del daño; es decir, al médico³¹.

³¹ SÁNCHEZ CALERO, F: *El aseguramiento de la responsabilidad del médico: límites*. IV congreso nacional de derecho sanitario.

Es por ello que, para poder entrar a fondo sobre la responsabilidad civil del personal sanitario, teniendo en cuenta lo establecido ya por el Código Civil y por el seguro de responsabilidad civil médico, en un primer lugar hablaremos de la definición que hace BELLO JANEIRO sobre la responsabilidad sanitaria, definiéndola como, “*la responsabilidad del personal médico sanitario ha de fundamentarse en un reproche culpabilísimo puesto que en la práctica de la medicina confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda llegar a fundamentarse una responsabilidad objetiva*”³². Asimismo, argumenta que “*habrá culpa no solo cuando esta se acredita fehacientemente, sino también si se demuestra que entre el proceder médico y el resultado dañoso no concurre ninguna circunstancia ajena al curso natural de los acontecimientos, de acuerdo con el necesario nexo causal*”³³. Pues en este sentido nos encontramos ante obligaciones de actividad, más no de resultado y que por lo tanto el facultativo se encuentra obligado a facilitar al paciente todos los cuidados según el estado de la ciencia, tal y como se comentaba anteriormente en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997.

En cuanto al sistema de responsabilidades presente en nuestro Ordenamiento Jurídico aplicables a los facultativos, la doctrina lleva a cabo una diferenciación entre los dos tipos de responsabilidades, distinguiendo así entre su origen y su regulación, pues denomina por un lado a la responsabilidad civil contractual y por otro a la responsabilidad civil extracontractual.

De esta manera define REGLERO los dos tipos de responsabilidades civiles, siendo así que define a la responsabilidad civil contractual como aquella responsabilidad que tiene su presupuesto en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato y por lo que el deber de indemnizar deriva de un deber de cumplir que se ha infringido previamente y la responsabilidad civil extracontractual como aquella que tiene como presupuesto la causación de un daño sin que exista una relación previa entre el que provoca el daño y el que lo sufre y cuya indemnización surge por la realización de la conducta dañosa por parte de un sujeto que ha hecho daño.³⁴

³² DOMINGO BELLO, J. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pág. 31.

³³ DOMINGO BELLO, J. *La prueba de la responsabilidad médica en Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria*. Colección de Daños. Editorial Reus. 2013.

³⁴ REGLERO CAMPOS, L: F. y col., *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, Navarra, 2006; YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de*

Teniendo una vez definidas la diferencias entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, el Código Civil hace una distinción de los artículos 1902 a 1910 hace referencia a la responsabilidad civil extracontractual, y de los artículos 1101 a 1108 hace referencia a la responsabilidad civil contractual.

Haciendo una lectura de los artículos relacionado sobre la responsabilidad extracontractual, expone los requisitos fundamentales para que dicha responsabilidad se dé, y son los siguientes:

- a) Que se dé una acción culposa.
- b) Que se dé un daño, ya sea patrimonial o moral.
- c) Que se dé una relación de causalidad entre la acción y el daño.

Asimismo, el artículo 1902 del Código Civil establece que *“El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”*, expone VÁZQUEZ BARROS que del contenido del articulado se puede extraer la idea básica en que se asienta la responsabilidad generada en culpa o negligencia con lo que quedarían excluidos los hechos derivados de casos fortuitos.³⁵

Entrando a fondo en lo que respecta al alcance de la regulación de la responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta que dicha regulación abarca tanto la actividad culpable, negligente incluyendo también la dolosa, no pudiendo establecerse en este punto una clara distinción entre la culpa penal y la culpa civil, sin perjuicio de que el perjudicado pueda iniciar acciones por las dos vías, quedando ya en este caso en manos de los Jueces dictaminar si existe ilícito penal o no pues en este caso el procedimiento civil se verá suspendido hasta que haya sentencia firme en el procedimiento penal, dándose la situación que si en el proceso penal se dicta sentencia condenatoria en el proceso civil se produce efecto de cosa juzgada, y si el proceso penal finaliza con una condena absolutoria, por el contrario no se produce efecto de cosa juzgada y en el proceso civil se podrán discutir nuevamente los hechos pero sin clase de delitos y para que la responsabilidad sea declarada hacen falta los tres requisitos que anteriormente hemos

responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid, 2001; JIMÉNEZ LÓPEZ, M^a. N., Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria, Madrid, 2011. MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil, Murcia, 2011, pp. 11-111.

³⁵ VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 201.

explicado, que se dé una acción culposa, que se produzca un daño y por último que se dé una relación de causalidad entre la acción y el daño.

En relación a lo anteriormente expuesto y tal y como se ha explicado, de la lectura realizada a los artículos referentes a la responsabilidad contractual podemos extraer los requisitos fundamentales para que se cumpla dicha responsabilidad y los requisitos son:

- a) Que se dé un incumplimiento de las obligaciones.
- b) Que se produzca un daño.
- c) Que se dé una relación de causalidad entre la acción y el daño.
- d) Que se dé un deber de indemnizar.

Por lo que, a diferencia de la responsabilidad extracontractual, este tipo de responsabilidad se da cuando se comete una infracción de las obligaciones contraídas por el facultativo en el contrato con el paciente, en donde se compromete a utilizar los medios de los que tenga a su alcance de acuerdo al avance de la ciencia en el momento en el que se encuentren siempre con el objetivo de la curación del paciente pero sin garantizar en ningún momento la misma.

Siendo así que tanto la responsabilidad civil extracontractual como la responsabilidad civil contractual, tienen requisitos coincidentes para que estas responsabilidades se den, como son la producción de un daño, que se produzca una relación de causalidad entre la acción y el daño y que se dé un deber de indemnizar, debemos también tener en cuenta la aplicación del artículo 1093 del Código civil relativo a la responsabilidad indirecta, que rige tanto para la responsabilidad contractual como para la responsabilidad extracontractual.

En cuanto a las diferencias entre las dos responsabilidades, en primer lugar una de las diferencias principales la encontramos en la carga de la prueba, pues, en la responsabilidad contractual, la carga de la prueba recae sobre la persona que ha provocado el daño y es quien deberá demostrar el caso fortuito, pues se presume su actividad culpable y en el caso de la responsabilidad extracontractual recae sobre la víctima la carga de la prueba del daño sufrido y la culpa de la persona que lo ha provocado. Otra de las diferencias es el plazo de prescripción siendo para la responsabilidad extracontractual de un año y para la responsabilidad contractual de quince años.

Siendo así tal que la responsabilidad médica y su determinación se basa en tres requisitos fundamentales, siendo la culpa, el daño y la relación de causalidad.

- **Culpa**

Tal y como hemos venido desarrollando a lo largo de este punto, para que se determine la responsabilidad civil, es imprescindible que se produzca un daño y que la producción de este daño se pueda atribuir a una persona, en concreto, al facultativo o facultativos que hayan llevado a cabo la asistencia, siempre que pueda determinarse un título de imputación. Es por ello que parte de la doctrina ha venido considerando la culpa como un requisito de la responsabilidad, es decir, la persona que causa el daño solo deberá responder cuando su acción ha sido voluntaria para dañar a un tercero, o cuando esta actuación se haya producido de manera negligente con infracción de la *lex artis ad hoc*. Asimismo, la doctrina ha venido apoyándose en la teoría de la responsabilidad objetiva o por riesgo, produciéndose una inversión de la carga de la prueba, de forma que sea el facultativo el que tenga que acreditar la existencia de un comportamiento diligente, presumiéndose su responsabilidad.

Por lo que entiende la jurisprudencia que para que el facultativo debe responder como consecuencia de su actuación siempre que la misma provoque como resultado un daño. Asimismo, también entiende la doctrina que se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo o lo que se ha venido llamando como reproche culpabilístico, el cual se refiere una falta de diligencia por parte del facultativo por no cumplir con los deberes que le corresponden como profesional.

En el ámbito de la culpa debemos tener en cuenta que la jurisprudencia hace extensivas las consecuencias jurídicas del dolo o falta de diligencia, por lo que en cualquier caso, debemos diferenciar entre la culpa que tiene él como profesional de la de cualquier otra persona, siendo que en el primer caso el médico estará obligado a indemnizar a la persona perjudicada tal y como hemos venido desarrollando a lo largo de este punto, es decir, de acuerdo a las normas de la responsabilidad civil, por lo que en aquellos casos en los que no se demuestre la falta de profesionalidad del facultativo, este solo deberá responder por los casos de falta de diligencia.

En materia contractual, tanto el dolo como la culpa son conceptos distintos, pero ello no quiere decir que no se tenga la obligación de indemnizar en los dos casos, y al menos el agente doloso como el culposo deberán hacer frente a esta obligación de

indemnizar, salvo que se produzca lo que se establece en el artículo 1.107 del Código Civil “*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.*”, y la imposibilidad de atenuarlo conforme a lo que se establece en el artículo 1103 del Código Civil “*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*”. Mientras que en el ámbito extracontractual, la responsabilidad civil dimana sólo de una actuación culposa del agente productor del daño puesto que la actuación dolosa sería constitutiva de un delito tipificado y penado por el Código Penal, por lo que en este caso el dolo se subsumiría dentro del dolo civil y habría que estar al concepto de culpa que se recoge en el artículo 1.902 del Código Civil y SS, pero en todo caso este dolo civil no puede ser aplicable en el ámbito extracontractual debido a que la actuación del agente solo quedaría afecta a la culpa o negligencia³⁶.

- **Daño**

Se trata de otro de los elementos fundamentales sobre los que gira la responsabilidad civil, pues sin este no existiría la necesidad u obligación alguna de resarcir a un tercero. SANTOS BRIZ, define el daño como “*todo menoscabo material o moral que sufre una persona otra contraviniendo una norma jurídica y de la cual haya de responder*”, asimismo argumenta también FERNÁNDEZ HIERRO que serán “*computables tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales, tanto los corporales como los no corporales y, por supuesto, los daños morales y el precium doloris, debiéndose incluir entre los daños patrimoniales las consecuencias que la enfermedad o las lesiones produzcan a la víctima, así como los gastos médicos, farmacéuticos, hospitalarios y demás ocasionados por la actuación culposa*”.

Por lo que se pueda determinar la concurrencia del daño, es imprescindible la existencia de dos requisitos, el primero de ellos es la certeza de la producción del daño y el segundo es que la persona que reclama sea la persona que va padecido en realidad el daño.

³⁶ VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 264 – 265.

a) Certeza de la producción del daño

Antes de proceder a la indemnización se parte de la certeza que se ha producido un daño concreto, ya que el mismo ha de haber sido probado de manera suficiente por quien lo padece, puesto que la jurisprudencia exige la prueba de su existencia y la relación entre el incumplimiento y el daño para reclamar la indemnización correspondiente, por lo que en este caso no solo basta con la existencia del daño sino que en este caso se invierte la carga de la prueba, debiendo correr la prueba por parte de la persona que sufre el daño, de la entidad del mismo, tiempo de curación, y, en su caso, secuelas, y demás perjuicios sufridos.

b) Daño sufrido por persona que lo reclama

Jurisprudencialmente se ha venido aceptando que colegios profesionales, sindicatos, asociaciones de consumidores puedan defender a personas que padezcan daños en su persona o que indirectamente los padezcan y ello en relación a lo establecido en el artículo 20 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.

• **Relación de causalidad**

Tal y como se ha venido desarrollando entre la actuación de un profesional y la producción de un daño que soporta un tercero que en este caso es un paciente, debe existir una relación de causalidad o nexos causal. Así se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007, que señala que *“siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta (negligente) activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse”*³⁷. Es cierto que el nexo causal al que se hace referencia en la Sentencia del Tribunal Supremo puede verse afectado de diferentes maneras, por lo que se debe tener en cuenta lo que se establece en el artículo 1.105 del Código Civil *“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”*, por lo que entendemos que el legislador en este articulado hace referencia a la regulación del caso

³⁷ Sentencia Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007 Roj:356/2007.

fortuito y a la fuerza mayor por regla general en estos casos la persona obligada a prestar el servicio no responde frente a los eventos que pueden ocurrir, salvo que las partes hubieran acordado lo contrario o que la Ley así se lo exija. Expone VÁZQUEZ BARROS que en el caso del artículo 1.105 del Código Civil, en los supuestos de caso fortuito es incompatible la culpa conforme a lo que se establece en el artículo 1.258 del código Civil, en donde se le exige al profesional una buena diligencia en su actuación cuando se trate de un médico de cirugía estética. Por el caso contrario, sí se puede apreciar caso fortuito relacionado con el artículo 1.105 del CC, cuando nos encontramos ante un suceso que es imposible de prever o que siendo previsto sea inevitable, por lo que aquí el nexo de causalidad se encontraría entre el suceso y el daño provocado. En lo que respecta a la fuerza mayor el evento dañoso se produce de manera inevitable por lo que huye de todo control o previsión quedan así de esta manera totalmente excluida la culpa del profesional.

Hasta este punto podemos apreciar una clara relación con el artículo 1.105 del Código Civil a la hora de tratar la relación de causalidad entre la actuación del profesional con el daño que sufre el paciente, y como consecuencia de ello para que se pueda apreciar que en la actuación del profesional concurre un supuesto de caso fortuito se debe de acreditar que de su actuación dimana de un evento que es imprescindible que se encuentre dentro de la normal y razonable previsión que sea exigida para cada caso en el que se actúa, por lo que la misma actuación no será apreciable cuando nos encontremos ante un comportamiento negligente, en donde concurran los medios de causalidad, además que el facultativo no aporte los medios suficientes para evitar aún más el daño del paciente.

En último lugar también debemos comentar que la relación de causalidad se puede dar, no solo por la falta de diligencia del profesional, sino también se puede dar por la actuación de un tercero, viniendo a ser esta tercera persona el paciente, cuando no sigue las recomendaciones que el facultativo le brinda una vez finaliza el procedimiento o para un mejor seguimiento del tratamiento, asimismo se da cuando el paciente solicita el alta médica antes del tiempo recomendado por el equipo médico.

Por lo que vistas ya las causas que se requieren para que se dé la relación causal, la jurisprudencia considera que para la apreciación de una causalidad de la que se desprenda un hecho dañoso han de concurrir dos requisitos, el primero de ellos es que al paciente no se le hallan proporcionado los medios para llevar a cabo un buen

procedimiento tal y como se aconseja y ello aparejado a una inadecuada información por parte del facultativo y en segundo lugar que se produzca una desproporción que sea clara y evidente entre las medidas que se han adoptado y el resultado dañoso.

5.2) RESPONSABILIDAD PENAL SANITARIA

Para poder hablar de la responsabilidad penal debemos tener en cuenta que esta surge cuando se comete un delito o una falta grave o leve a un tercero.

Pero para poder entrar a fondo en cuanto a la cuestión de la responsabilidad civil debemos hacer una mención a lo que se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1991 en donde se establecen unos principios básicos en cuanto a la actuación del personal sanitario, donde se señala que:

- 1) *“Que la conducta de los técnicos sanitarios ha de entenderse en su justa valoración habida cuenta 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, a merced además del acierto o del desatino de los profesionales.*
- 2) *Que se trata pues de una ciencia inexacta, con un plus especial de exposición y peligrosidad, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones.*
- 3) *Que la práctica de las actividades sanitarias por los facultativos y técnicos correspondientes, exige una cuidadosa atención a la «Lex artis» en la que sin embargo no se pueden sentar reglas preventivas absolutas dado el constante avance de ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúa, que obliga a métodos y atenciones diferentes. Ello exige, en muchos casos, valorar restrictivamente los grados de intensidad en que se haya podido incurrir en estas infracciones culposas y sanitarias.*
- 4) *Que, en consecuencia, la medicina, como se acaba de decir, en general no es una ciencia exacta en tanto que en ella intervienen elementos extraños de difícil previsibilidad que pueden propiciar errores, de diagnóstico o de cualquier otra naturaleza, los cuales, si lo son dentro de lo tolerable, pueden escapar al rigor de la incriminación penal.*

- 5) *Que la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procederá cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquél requiere”.*

Asimismo, señala la Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de septiembre de 1991 en donde se establece que:

- a) *“No se incrimina el error científico o, lo que es lo mismo, no son tipificables como infracción penal los errores de diagnóstico, salvo que por su entidad y dimensiones constituyan una equivocación inexcusable.*
- b) *Por igual motivo, queda también fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización, pero sí deben sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente; o sea, cuando la falta de pericia sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.*
- c) *La culpabilidad radica en que el facultativo pudo evitar el comportamiento causante del resultado lesivo.*
- d) *En esta materia no cabe sentar principios inmutables al no poder realizarse una formulación de generalizaciones y precisarse una individualizada reflexión sobre el concreto supuesto enjuiciado.*
- e) *Que a la doctrina de la búsqueda de la responsabilidad imprudente del sanitario ha de realizarse huyendo de generalizaciones imputables, no debiendo incidirse en tesis maximalistas.*
- f) *Que el deber de cuidado ha de establecerse primero y medido después en función de todas las concurrentes circunstancias, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o cosas, especialidad técnica o científica que para su ejercicio se necesita.*
- g) *En la génesis de la imprudencia influyen más a menudo los aspectos humanos y sociales que los propiamente científicos o profesionales”.*

La principal problemática que se plantea en la responsabilidad penal es la exigencia de responsabilidad al facultativo por imprudencia. Los médicos al igual que cualquier otro profesional han de estar sometidos al control de la ley, y más si tenemos en cuenta que su profesión se basa en el cuidado y atención del bien jurídico protegido por el derecho penal como es la vida y salud de las personas, por lo que en este caso se excluiría el dolo, pues no cabría la posibilidad de imaginar que el médico pudiera realizar conductas que estuvieran encaminadas a lesionar o causar algún tipo de daño al paciente, pero si que cabe la posibilidad que se den casos en los que la actuación del médico y cabe aclarar que sin ningún tipo de intención de lugar a la existencia de delitos dolosos, como los que se encuentran tipificados en el Código Penal como son por ejemplo:

- **Delito de homicidio:** Art. 142 (CP): *“El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de 1 a 4 años. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de 3 a 6 años.*
- **Delito de aborto:** Art. 146 (CP): *“El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de 3 a 5 meses o multa de 6 a 10 meses. Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de 1 a 3 años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.*
- **Delito de lesiones:** Art. 152 (CP): *“El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado en atención al riesgo creado y al resultado producido. Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional se impondrá la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de 6 meses a 4 años”.*
- **Delito de lesiones al feto:** Art. 157 (CP): *“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años*

e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años”.

- **Delitos relativos a la manipulación genética:** Art. 159 (CP): “*Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de 6 a 15 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de 1 a 3 años”.*
- **Delito de omisión del deber de asistencia médica:** Art. 196 (CP): “*El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.*

Para poder entrar a fondo de la cuestión y poder entrar en la definición de la responsabilidad por imprudencia de los facultativos podemos estar a la definición que hace QUINTERO OLIVARES sobre el concepto de delito imprudente “*ejecución del tipo objetivo de un delito doloso, a causa de haber infringido un deber de prudencia o cuidado, sea por ignorar la concurrencia de ese deber, y con ello, hasta la misma situación de riesgo, o porque, aun conociéndola, el autor creyó que un resultado previsible no habría de producirse, todo ello realizando una acción que objetivamente puede ser imputada al autor.*³⁸”. Cabe aclarar que no fue hasta la modificación que se llevó a cabo en el año de 1995 del Código Penal cuando se introdujeron criterios que admitirían la forma imprudente, tal y como se deduce del artículo 12 del hoy vigente Código Penal, que establece “*Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

³⁸ QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Editorial Aranzadi 2^a, 2000.

Por lo que, en relación a ello, pero en una Sentencia del Tribunal Supremo el 23 de octubre de 2001 contemplaba ya necesaria la concurrencia de cada uno de los siguientes elementos:

- a) Que exista una acción u omisión voluntaria no maliciosa, pues en caso contrario nos encontraríamos ante un delito doloso.
- b) Que se dé un elemento psicológico consistente en la facultad del agente de poder prevenir un riesgo susceptible de determinar un daño.
- c) Que se dé una infracción del deber de cuidado.
- d) Que exista una relación de causalidad entre el deber de cuidado del facultativo que ha dado lugar al resultado lesivo, exigiéndose así mismo que en la relación de causalidad en la imprudencia debe ser directa, completa e inmediata.
- e) Que se dé por parte de la conducta del facultativo la creación de un riesgo previsible y evitable.

Para que un acto realizado por un profesional se pueda considerar constitutivo de delito se tienen que dar determinados elementos, y es por ello que debemos partir de la base de que un delito es un acción típica, antijurídica, culpable y punible. Se trata de una acción u omisión que debe ser contrario a una norma jurídica y dicha antijuridicidad de tiene un aspecto formal porque contradice la norma y material porque lesiona un bien protegido por esa norma que se lesiona. Cuando hablamos de una acción típica nos referimos a que dicha acción tiene que encontrar regulada por la ley, pues no toda acción es constitutiva de delito, por lo tanto, la antijuridicidad debe estar encuadrada en el marco penal. A la actuación del profesional le ha de ser imputable el dolo o la culpa y por último se ha de ser punible, esto se traduce a que la acción u omisión del profesional debe ser castigado ya que de lo contrario el delito no existiría.

Por otro lado, también cabe mencionar la diferencia entre la imprudencia del profesional y la imprudencia profesional. En primer lugar, la imprudencia del profesional es aquella que se denomina así porque es aquella imprudencia cometida por un profesional que no tiene carácter inhabilitante para el profesional y cuyas consecuencias a efectos penales se califica como leve o grave. Y, en segundo lugar, la imprudencia profesional es aquella imprudencia cometida por un profesional, pero que debido a su gravedad supone una negligencia por un profesional quien se entiende que tiene los

conocimientos más que suficientes sobre la cuestión, dando lugar así a la inhabilitación del profesional cuando se trate de delitos de homicidio, lesiones, aborto y lesiones al feto. Pues así lo establece la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 2009 *“consiste en la “inobservancia de la lex artis y de las precauciones y cautelas más elementales, siendo totalmente imperdonable e indisculpable que una persona que pertenece a la profesión o actividad de que se trate y a la que se presumen especiales conocimientos y el dominio de la técnica propia de las mismas, proceda de un modo innato e indocto, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional o conduciéndose con singulares descuido, abandono o ligereza, impropios de las normas deontológicas que rigen el ejercicio de la profesión, arte u oficio”*

Por lo que en relación a lo anteriormente comentado debemos tener en cuenta que los facultativos pueden ser responsables de delitos por acción por omisión, en donde deben concurrir ciertos supuestos para que se de esta responsabilidad. En primer lugar, debemos estar a lo que se establece en el artículo 11 del Código Penal, *“Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente”*. Por lo que se puede extraer del articulado que en primer lugar se deben tratar de delitos de resultado y en segundo lugar el autor se debe encontrar en una posición de garantía, esto quiere decir que se debe encontrar en una posición en la que se encuentra obligado a evitar el daño producido, entiendo así que dicha posición conlleva también ciertas condiciones, la primera de ellas se trata de la fuente de la posición de garante, que puede surgir tanto de una obligación legal, como de una actuación precedente, y en este caso al encontrarnos en el ámbito sanitario su origen vendrá a ser mediante una obligación contractual debido a su deber de actuar, en segundo lugar nos encontramos con los límites de la posición de garante dichos límites deberán acotarse en relación a la función que tiene asumida el facultativo así como a los límites temporales. Es por ello que en relación al compromiso asumido por el sanitario el alcance del deber de obrar por el profesional llega hasta donde el profesional se haya comprometido, como ejemplo podemos poner, el facultativo que ha asumido el tratamiento de un padecimiento concreto del paciente, el facultativo pondrá

todos los medios que tenga a su alcance para lograr la mejoría del paciente ya que a ello se ha obligado, más no en el caso que en medio del tratamiento pudieran surgir nuevas patologías. En relación a los límites temporales cuando la relación entre el facultativo y el paciente viene de un origen contractual la obligación del profesional tiene su fin cuando el vínculo se haya cancelado por alguna de las partes, como ejemplo cuando el paciente en medio de un tratamiento solicite el alta médica pese a las indicaciones dadas por el facultativo o el equipo médico, para estos casos se hace mención en el artículo 21.1 de la Ley 41/ 2002 “ *En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas*”.

En segundo lugar, para que se declare la responsabilidad de acción por omisión deben concurrir los demás requisitos que se encuentran fijados con carácter general siendo los siguientes:

- Incremento del riesgo: entendiéndose por ello que la omisión del deber de actuar por parte del facultativo debe crear un riesgo de forma relevante en materia penal a la producción del resultado, es por ello que se exige que sobre este requisito que la acción omitida hubiera supuesto una disminución de la lesión al paciente.
- Exigencia de elementos subjetivos: se habrá de examinar el caso en concreto para determinar si concurre la presencia de dolo o imprudencia, ya que habrá que estar a lo que se establece en el artículo 5 del Código Penal “*No hay pena sin dolo o imprudencia*”.
- Relación de causalidad: al igual que sucede con la responsabilidad civil, se debe demostrar la relación de causalidad entre el acto del facultativo y la producción del daño.
- Relación de imputación objetiva: en este caso se refiere a una vez que se ha comprobado que la actuación del facultativo representa una omisión en su deber de actuar y que de dicha conducta se incrementa las posibilidades de producción del resultado lesivo y que de haberse llevado la debida

diligencia no se habría producido tal resultado, por lo que con la imputación objetiva lo que se trata de comprobar es que el resultado producido le es imputable al facultativo.

Es por ello que una vez que se han examinado todos los supuestos exigidos, será el Juez el que determine si cumplen con los requisitos para que de esta manera pueda acordar que la calificación del facultativo como comitente de acción por omisión, dicha calificación se entiende a efectos que tiene el mismo alcance que si el facultativo hubiera obrado por acción, es por ello que la pena impuesta es equivalente en los casos de comisión por omisión que en los casos de acción.

En cuanto al régimen de la responsabilidad de comisión por omisión debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- Tipo subjetivo: la responsabilidad del omitente podrá ser, dolosa o imprudente, debiéndose tal y como se ha comentado antes que la comisión por omisión es equivalente a la responsabilidad por acción comprobarse los requisitos exigidos para esta última para poder determinarlo.
- Graduación de la imprudencia: cuando el título objetivo en la responsabilidad sea la imprudencia del autor, al igual que en el caso anterior, su graduación se deberá hacer conforme a la acción.
- Formas imperfectas de ejecución: al igual que en los delitos de acción, si el título subjetivo el delito de omisión es el dolo la responsabilidad podrá ser por un delito consumado, en este caso se requiere que comprobar los mismos requisitos que se exigen para los casos de los delitos cometidos por acción.
- Autoría: la responsabilidad del participante requerirá que se determine su alcance en la intervención del delito a efectos de determinar si se trata de autor o partícipe para que en relación a ello se pueda establecer una pena. En la responsabilidad penal sanitaria es usual que se determine la responsabilidad a título de autor, pues el deber de actuar del facultativo se basa en utilizar todos los medios que tenga a su alcance según el estado

actual de la ciencia para la curación del paciente y de esta manera evitar el resultado lesivo para el paciente³⁹.

Otra de las responsabilidades que también podemos observar en este ámbito y que también ha sido señalada por la jurisprudencia, es la infracción del deber de cuidado refiriéndonos tal y como lo define LUZÓN PEÑA como "*la infracción de una norma de cuidado y del deber de cuidado que la misma impone es el núcleo esencial de la conducta imprudente y lo que constituye su desvalor de acción*"⁴⁰”.

Se puede diferenciar en el deber de cuidado dos tipos, el primero de ellos como elemento fundamental son los tipos normativos, que serían aquellas reglas de cuidado que ordenan una determinada actividad reduciendo los riesgos para la vida o la integridad del paciente que derivan de su ejercicio y que se encuentran recogidos en normas de carácter administrativo pero centrándonos en el ámbito sanitario estas normas no existen por lo que se entiende que dichas normas derivan de la práctica diaria de la actividad sanitaria y de lo que se encuentra recogido en los protocolos y documentos deontológicos. Y luego por otro lado tenemos los tipos facticos que se trata de un conjunto de factores que rodean la concreta situación ante la que nos encontremos, especialmente de tiempo y lugar.

En la infracción del deber de cuidado debemos diferenciar entre el concepto subjetivo y el concepto objetivo del mismo, pues debemos tener en cuenta que al encontrarnos en el ámbito sanitario se trata de una actividad que debe ser realizada por una persona capacitada para ello, por lo que,

- En cuanto al concepto subjetivo del deber de cuidado, podemos decir que abarca los conocimientos, capacidades y condiciones individuales de cada autor.
- En cuanto al concepto objetivo del deber de cuidado, podemos decir que se trata de un concepto que se aplica en general a todos los supuestos por igual, en donde no se tiene en cuenta las capacidades del sujeto a diferencia del concepto subjetivo en donde se analizan las circunstancias del sujeto caso por caso, pues en este caso prima el principio de igualdad, pues tal y

³⁹ GÓMEZ RIVERO M. ^a. C.- SUCH MARTÍNEZ J.- SILLERO CROVETTO B.- CAMAS JIMENA M. *Responsabilidad médica*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Pág., 37-40.

⁴⁰ LUZÓN PEÑA, D. M., *Comentarios al Código Penal, parte general I*, 1996.

como hemos dicho antes, es un concepto que se aplica a todos por igual sin distinción de capacidades y conocimientos, por lo que las normas se dirigen de igual manera para todos.

En aras de valorar cual, de los dos conceptos en utilizado en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisprudencia se ha venido inclinando por el conceto objetivo del deber de cuidado, teniendo en cuenta que en dicho concepto se aplica el principio de igualdad, principio fundamental en los tribunales.

En cuanto al elemento psicológico que mencionábamos al inicio del desarrollo de este punto, consistente en la facultad del agente de poder prevenir un riesgo susceptible de determinar un daño, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de febrero establece que *“con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y el normativo representado por la infracción del deber de cuidado. Para valorar la previsibilidad del riesgo hay que tener en cuenta los especiales conocimientos que tenía en aquel momento la persona sobre la situación de hecho, y el examen de la evitabilidad del riesgo se ha de realizar desde el punto de vista de la lex artis”*. Es por esto que en atención a lo que establece la Sentencia de la Audiencia, debemos definir lo que se entiende por previsibilidad y evitación del riesgo.

La previsibilidad se puede definir como la posibilidad de que el autor pueda representarse en mayor o menor medida aquellos conocimientos que puedan ser conocidos anticipadamente y sobre los que recae la responsabilidad de una futura existencia de resultado lesivo. Por lo que en resumen el objeto del conocimiento del autor se centra en, primer lugar que el resultado externo que produce el injusto se cometa de una manera imprudente por el autor, en segundo lugar, que las posibilidades del autor para apreciar sobre la relevancia jurídica de los hechos. En cuando a la evitabilidad constituye el segundo elemento de la imprudencia.

En cuanto la relación de causalidad que se establece, está es de crucial importancia a la hora de determinar la imprudencia, puesto que si no ocurre la lesión al paciente es difícil llegar a determinar si ha existido o no imprudencia por parte del facultativo. Para

que la actuación del facultativo pueda tratarse de la comisión de un delito y por tanto la misma pueda ser perseguida penalmente, debe tratarse de una actuación dolosa que como resultado sea constitutivo de un delito grave o menos graves, por lo tanto para que se pueda determinar la relación de causalidad se exige que se dé la relación de causalidad entre la conducta del facultativo que se debe probar como una acción u omisión imprudente y el resultado de esta acción que debe ser imputable al profesional.

A modo resumen y para concluir con esta responsabilidad, es necesario que el resultado lesivo derive directamente de la acción del médico por alguna de las concurrencias anteriormente mencionadas, por la acción u omisión del facultativo, por la presencia de un elemento psicológico, por la infracción del deber de cuidado así como porque se dé una relación de causalidad entre el actuar del facultativo y el resultado lesivo o que se cree un riesgo que sea previsible y evitable, de forma que si el profesional contribuye a la producción del resultado lesivo por alguna de estas formas habrá que determinar hasta qué punto esta intervención afecta en el bien jurídico del paciente, dando así lugar a la culpa y por tanto que esta intervención sea perseguible por ser constitutiva de un delito.

5.3) RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La sociedad moderna ya no tolera que un servicio público sea a su juicio deficiente, por lo que ello ha supuesto un incremento en las reclamaciones especialmente en el ámbito sanitario, pues es el sector en donde la figura del paciente pasa a ser un papel importante en la relación médico paciente, siendo que éste ya no es no sólo un sujeto de esta relación sino también un titular de derechos, con plena facultad de decisión, pues tal y como se ha venido desarrollando a lo largo de este trabajo y como desarrollaremos en este punto, todo aquel que vea lesionados bienes jurídicos de su titularidad como consecuencia de la actuación de un facultativo, queda facultado por nuestro sistema jurídico para tomar acciones en tres de sus jurisdicciones, como ya hemos comentado la jurisdicción civil y la jurisdicción penal, y como desarrollaremos en este apartado, la jurisdicción contencioso-administrativa, que es aquella que surge cuando el personal adscrito a una administración pública provoca un daño a una que no estaba obligada jurídicamente a soportarlo, dando lugar así a la responsabilidad.

Todo ello tiene origen en el Antiguo Régimen conforme se iba asentando la actividad de las Administraciones Públicas en nuestra sociedad, más iba creciendo la idea de que las Administraciones eran responsables y por lo tanto debían responder por los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios prestados por parte de las administraciones, tal y como en su día se hacía mención en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 en donde se recogía el principio de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas y faculta a los tribunales de lo Contencioso-Administrativo para conocer de reclamaciones de responsabilidad. Tal y como se recoge hoy en día en nuestra Constitución en el artículo 106.2 *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”* Hasta que, tras pasar por diversas modificaciones de leyes, nos encontramos con una normativa básica vigente en relación a la regulación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, teniendo así la Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regulándose así en los artículos 91 y 92 y la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, regulándose así en los artículos 32 a 35.

Una vez que ya tenemos definido el ámbito en el que se desarrolla la responsabilidad de las administraciones, pasaremos en este apartado a comentar las características de la responsabilidad patrimonial, entendiéndola como un tipo de responsabilidad extracontractual, directa, total, exclusiva, uniforme y objetiva.

- Extracontractual y directa: tal y como se desprende del artículo 32 de la Ley 40/2015 *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”*. Pues podemos decir que se trata de una relación extracontractual y así queda también reflejado en el articulado porque no existe una relación previa entre la persona que sufre el daño y la administración pública que lo provoca y que por ende es responsable del mismo, asimismo se establece en el articulado

que los particulares podrán exigir directamente a las administraciones correspondientes las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados en su personas por las autoridades o personal al servicio de la administración.

- Total: afecta a todos los poderes públicos debido al funcionamiento normal o anormal de los mismos, por lo que no cabe aplicar un carácter subsidiario de responsabilidad como se hacía anteriormente, pues la administración responde de manera directa, pudiendo así el perjudicado ejercer cualquier acción contra ella.

Entendemos por funcionamiento normal de la administración, a todos aquellos daños que se han producido por parte de la administración que son permitidos pero que se realizan de manera involuntaria, por lo que la responsabilidad por funcionamiento normal tiene su fundamento en el riesgo creado por la administración. Y entendemos como funcionamiento anormal de la administración, como aquella actuación por parte de la administración en la que no se ha tenido la debida diligencia y que por tanto de dicha actuación se ha derivado el daño ocasionado.

- Exclusiva: en relación al daño sufrido por el perjudicado este solo va a poder ejercer acciones contra la administración y no contra un funcionario en concreto, tal y como se establece en el artículo 36 de la Ley 40/2015 *“Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere esta Ley, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.”* Lo que se prevé por otra parte es una posibilidad que la propia administración se dirija contra el funcionario que ha causado el daño cuando se trate de casos en los que concurra dolo o culpa grave, situación que se da en pocas veces ya que es habitual que las administraciones repercutan contra sus funcionarios limitando dicha figura al inicio de un procedimiento disciplinario en determinados casos.
- Uniforme: la responsabilidad patrimonial de la administración cuenta con un régimen general, por lo que se aplica de igual manera para todo tipo de infracción de la administración independientemente del sector en donde se haya cometido.

- Objetiva: hablamos de carácter objetivo de la responsabilidad, debido a que al igual que en las dos responsabilidades anteriormente comentadas, se ha de demostrar la existencia del nexo causal entre la actuación de la administración y la lesión producida.

Para poder determinar el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas debemos partir de la base que dicha responsabilidad tiene pleno reconocimiento en nuestra Constitución, en dos de sus artículos, el primero de ellos es el artículo 9.3 en donde se establece que *“La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”* y el artículo 106.2 *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*, así como también hemos comentado, se encuentra regulada esta responsabilidad en las leyes 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regulándose así en los artículos 91 y 92 y la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, regulándose así en los artículos 32 a 35.

Concretamente el artículo 32 de la Ley 40/2015 detalla los elementos necesarios que deben concurrir para que se puede declarar la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, estos criterios se detallan a manera genérica, siendo de esta forma coincidentes para cualquier responsabilidad en cualquier ámbito por parte de la administración pública, siendo en este caso de vital importancia las matizaciones que ha venido haciendo la jurisprudencia al respecto para cada uno de los sectores de la administración, interpretando así los elementos esenciales para cada una de las reclamaciones del sector presentadas a la administración. Por lo que, en atención a esto TORRENT i REBERT⁴¹ señala que la jurisprudencia ha establecido que para señalar la

⁴¹ TORRENT i REBERT, P. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Fundación Mapfre Estudios.

existencia o no de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas debe existir la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Que se dé una acción u omisión que sirva de título de imputación
- b) Que se dé la existencia de una lesión, que debe ser real, cierta e indemnizable y que dicha lesión el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportarla.
- c) Que se dé una relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de la administración pública.
- d) Que se dé la inexistencia de una causa de fuerza mayor.

Puesto que al encontrarnos en el ámbito sanitario en donde la administración debe hacer frente a la responsabilidad cuando se demuestra que esta ha derivado de una relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal por parte de la administración y el hecho lesivo que se le ha causado al ciudadano, en este sentido han venido los tribunales graduando el carácter objetivo de la responsabilidad de las administraciones públicas y ello a fin de determinar que solo por el mero hecho de que la administración pública preste un servicio, en este caso, sanitario y que del cual pueden surgir o no responsabilidades por posibles faltas de diligencias del personal sanitario de la administración, esto no faculta al ciudadano a emprender reclamaciones contra la administración por todo tipo de procedimientos o intervenciones que se lleven a cabo por parte del personal sanitario, pues se deben cumplir en un primer lugar los requisitos exigidos para ello y todo con el fin de evitar que la administración se vea desbordada, pues lo que pretende el tribunal en su pronunciamiento es evitar convertir a la administración en una aseguradora universal.

Es por esta razón que es ya doctrina consolidada que se entiende por responsabilidad objetiva por parte de los tribunales cuando se trata de determinar la existencia de la responsabilidad civil, se entiende que esta solo existe cuando por parte de los facultativos no se ha llevado a cabo una buena actuación y por lo tanto se ha vulnerado la *lex artis*⁴². Pero en este sentido cabría aclarar que el pronunciamiento de los tribunales sobre la responsabilidad de las administraciones no es por el funcionamiento a nivel

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007

normal y anormal de las mismas, en este sentido los tribunales solo hacen referencia al funcionamiento anormal de las administraciones.

Dado que nos encontramos ante un tipo de responsabilidad muy amplia, que abarca diferentes sectores y respecto de la cual existen diferentes posiciones, tal y como hemos visto, la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativa ha intentado delimitarla. Es por ello que se crea la teoría de la imputación objetiva para poder determinar si existe o no la responsabilidad patrimonial de la administración y de qué manera se puede atribuir el daño ocasionado, por lo que el criterio que se utiliza por parte de los tribunales para poder considerar que existe responsabilidad es que la Administración efectivamente haya creado un riesgo que este sea jurídicamente relevante y que éste a su vez ocasione un resultado lesivo, pero a su vez no solo se requiere que se produzca un riesgo jurídicamente relevante, sino que además implica la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. Que la Administración haya creado un riesgo con su actuación.
2. Que este riesgo, a su vez, esté relacionado con el servicio prestado por parte de la administración, por lo que en este sentido se excluye la fuerza mayor, la intervención de un tercero y la culpa de la persona que sufre el daño.
3. Y que se trate de un riesgo que no se encuentre socialmente admitido.

Por lo que de esta forma podemos observar que el principio de responsabilidad objetiva de la administración centra su naturaleza en la antijuridicidad, porque nos encontramos en el ámbito de servicios prestados por funcionarios de las administraciones públicas de cuya actuación se desprende un daño, el cual el particular no tiene el deber de soportar, y por el cual la administración tiene el deber de indemnizar al tratarse de un funcionamiento normal o anormal de la administración, tal y como lo hemos comentado.

A medida que hemos venido desarrollando a lo largo del apartado, la Administración es responsable por daños ocasionados y que se hayan derivado de la actuación por servicios prestados por funcionarios adscritos a las mismas. Pero en el sentido que nos incumbe, cabe aclarar lo que se entiende por daño sanitario por el cual la administración debe responder y en su medida indemnizar.

El daño sanitario se trata de una conducta que genera un perjuicio que al reunir todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia tal y como hemos comentado anteriormente se convierte en una lesión indemnizable por parte de la administración.

Entre los daños que con más frecuencia general reclamación patrimonial ante las administraciones son:

- Por error en el diagnóstico.
- Por falta de conocimiento o por una aplicación incorrecta del mismo.
- Por omisión de reglas primordiales de cuidado.
- Por caso fortuito o fuerza mayor.
- Por falta de medios materiales o medios humanos.

Estos daños a su vez pueden generar daños personales, dividiéndose, a su vez, en daños corporales y en daños morales. Entendemos como daños corporales aquellos que afectan de forma física a la persona como pueden ser las lesiones o secuelas, ya sean de carácter permanente o incapacitantes, o en el caso grave el fallecimiento de la persona y por daños morales aquellos que afectan de forma interna a la persona, como puede ser su dignidad, su integridad.

Es por esto que, cuando la persona que ha sufrido un perjuicio derivado del funcionamiento normal o anormal de la administración, puede iniciar un procedimiento administrativo de carácter especial contra la administración que se encuentra recogido en los artículos 62 y siguientes de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, los procedimientos se podrán iniciar tal y como se desprende de los articulados bien de oficio bien de a instancia de parte, de manera que si se inicia a instancia de parte se deberá tramitar un expediente de responsabilidad patrimonial de la forma en la que se establece artículo 62.2 *“Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan y el relato de los hechos que se ponen en conocimiento de la Administración. Cuando dichos hechos pudieran constituir una infracción administrativa, recogerán la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables”*. De la misma manera se debe tener en cuenta lo establecido por el artículo 67.1 y 2 que establece que *“Los interesados sólo podrán solicitar el inicio de un procedimiento de responsabilidad*

patrimonial, cuando no haya prescrito su derecho a reclamar. El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. “2 en la solicitud que realicen los interesados se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante.”

Asimismo, se establece que la tramitación del procedimiento se atribuye a los directores provinciales de las entidades responsables donde estuviera integrado el centro sanitario causante de la reclamación. El artículo 65 establece también que en el llegado caso que el acuerdo de iniciación sea iniciado por parte de la Administración, éste se notificará a los presuntos lesionados y se les concederá un plazo de diez días para que aporten cuantos documentos y alegaciones consideren necesarias. En cuanto al acto de instrucción el artículo 75 establece que serán *“necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”*. Y en la prueba establece el artículo 77 que *“Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, cuya valoración se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”*.

En cuanto a la forma de finalización del procedimiento, el artículo 87 establece que se podrá fin mediante resolución y a su vez el artículo 88 establece que *“La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”*.

En el caso en el que en la resolución se determine la responsabilidad patrimonial de la administración y la misma deba responder por la indemnización al perjudicado, esta

indemnización debe abarcar todos los daños alegados por el perjudicado en su petición y que por lo tanto hayan quedado acreditados en el procedimiento, ya se trate de daños personales o de daños morales. Para poder valorar la cuantía correspondiente a la indemnización la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público en su artículo 34.3 establece que, la cuantía se calculará con referencia al día en que se produjo la lesión, pero ha de hacerse un matiz a dicha mención ya que en muchas ocasiones debido a la tramitación del procedimiento y al reconocimiento de la indemnización por parte de la administración puede llegar a pasar un tiempo considerable que dificultaría calcular dicha cuantía, es por ello por lo que la ley dispone del mecanismo de actualización de la cuantía con arreglo al Índice de Garantía de Competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística y ello con los intereses que procedan por la demora en el pago de la indemnización fijada.

6) DIFERENCIA DOCTRINAL ENTRE RESPONSABILIDAD CIVIL Y RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA.

Cuando se habla de la responsabilidad del profesional sanitario entendemos que dicha responsabilidad puede abarcar tres ramas de nuestro ordenamiento, siendo la responsabilidad civil, la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa, y es aquí donde surgen dudas entre la diferencia y los límites entre las responsabilidades civiles y administrativas de los profesionales, pues la responsabilidad penal no plantea dudas ya que al momento de determinarla es aquella responsabilidad que se deriva a consecuencia de la comisión de un delito.

En primer lugar, debemos comentar que las dos responsabilidades se caracterizan por estar divididas en responsabilidades contractuales y extracontractuales.

En el ámbito administrativo la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en los artículos 32 a 35 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público en donde se especifican todos los requisitos para que se determine la responsabilidad patrimonial de la administración por funcionamiento normal o anormal de la misma y en su caso concurra la indemnización correspondiente, y en el caso de la responsabilidad contractual esta se encuentra regulada en la Ley 9/2017 del 8 de

noviembre de Contratos del Sector Público, pero al encontrarnos en el ámbito sanitario esta regulación no nos afecta porque esta disposición se aplica para contratos del sector público. Por lo que la principal diferencia entre la responsabilidad extracontractual y contractual de la administración pública la podemos encontrar en un pronunciamiento que hizo el Tribunal Supremo al respecto donde establece que *la responsabilidad extracontractual supone la existencia de una determinada actividad administrativa que, incidentalmente, y al margen de cualquier relación jurídica previamente constituida, provoca unos daños a determinada persona que ésta no tiene el deber jurídico de soportar, mientras que, la responsabilidad contractual es la que deriva del incumplimiento por una de las partes contratantes de un deber estipulado en el contrato*⁴³".

En el ámbito civil la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual vienen establecidas en el Código Civil, el artículo 1.902 hace referencia a la responsabilidad extracontractual en la que sin existir una relación entre las partes se produce un daño por lo que se el articulado establece que *"El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*, asimismo se establece en el artículo 1.968 que el plazo de prescripción para ejercitar la acción es de un año. Y por lo que se refiere a la responsabilidad contractual se trata de una relación existente entre las partes mediante un contrato y que por lo tanto la responsabilidad deriva de la vulneración de elementos recogidos en el contrato, el artículo 1.101 establece que *"Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas."* De igual manera se establece en el artículo 1.964 que el plazo de prescripción para ejercitar la acción es de cinco años.

En cuanto a la jurisdicción competente para conocer de los procesos sobre las reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, se establece en el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que los Juzgados y Tribunales de Orden contencioso-administrativo *"conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al derecho administrativo"*, también conocerán serán competentes si las

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio ECLI: ES: TS: 2000:6299

reclamaciones as personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables, cuando el daño haya sido causado por centros sanitarios públicos y por el personal a su servicio, cuando concurren sujetos privados a la producción del daño y cuando se accione directamente contra la aseguradora de la administración en concurrencia de la administración. En cuanto a la jurisdicción competente en materia civil para conocer sobre procesos por negligencias médicas debemos partir de lo que se establece en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “*Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional*”, por lo que se entiende del articulado que corresponde al orden civil y a sus tribunales conocer de las reclamaciones por responsabilidad médica cuando, entre el facultativo y el paciente no existe una relación previa, es decir nos encontramos ante una relación extracontractual, y de la actuación del facultativo se deriva un daño mediando culpa o negligencia. De la misma forma ocurre cuando nos encontramos ante una responsabilidad contractual, en donde surtirá la obligación de indemnización por el incumplimiento de las condiciones contenidas en el contrato en el caso en el que concorra dolo o culpa.

En el caso de la indemnización, en el ámbito de la responsabilidad administrativa tiene su origen en la Ley de la Expropiación Forzosa en el artículo 121 expone que “*Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo*”, en este sentido también encontramos regulación en nuestra Constitución en el artículo 106.2 “*Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. En la misma línea también encontramos regulación en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico de Sector Público el artículo 32.1 establece que “*Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el*

particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.” Asimismo el articulado establece los requisitos para poder reclamar la responsabilidad patrimonial entendiéndose así que debe apreciarse un daño sufrido y que sea efectivo, que este daño sea evaluable económicamente, que se pueda individualizar en relación a una persona o grupos de persona en donde el particular no tenga el deber jurídico de soportarlo, asimismo debe concurrir culpa por parte de la administración y debe quedar demostrado la relación directa y eficaz entre el hecho producido y el daño ocasionado de manera que el hecho le sea imputable a la administración. Por lo que se refiere a la indemnización en el ámbito de la responsabilidad civil en el caso de la responsabilidad contractual establece el artículo 1.106 del Código Civil que *“La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.”* Pero cabe aclarar que la ley no hace mención a los posibles daños morales que pueda sufrir el perjudicado y es aquí en donde la jurisprudencia ha elaborado doctrina al respecto refiriéndose al daño moral como el padecimiento causado por la angustia, ansiedad, inquietud e inestabilidad emocional personal o familiar, cierto y verdad es que para determinar la cuantía indemnizatoria no existe hasta el día de hoy en nuestro ordenamiento jurídico un sistema que nos permita valorar las negligencias médicas, es por ello que los tribunales han venido aplicando el baremos de tráfico aunque este no es vinculante para el Juzgador y en algunos casos para determinar la cuantía se realiza en base a la jurisprudencia que haya sentado precedente.

Para finalizar debemos traer a colación una importante sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019⁴⁴ en la que se puede apreciar la diferencia entre las dos responsabilidades, pues se plantea un caso de un paciente que sufre un daño como consecuencia de la actuación de un médico de la sanidad pública y surge la duda ante qué jurisdicción debería interponer la reclamación. En primer lugar, el perjudicado iniciar un procedimiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa por tratarse de un facultativo adscrito a un centro sanitario público y todo ello se debe hacer conforme a lo dispuesto en los artículos 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. En segundo lugar, establece el tribunal que la jurisdicción civil puede de igual manera y debe pronunciarse

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 nº 321/2019 ECLI:ES:TS2019:1840

prejudicialmente sobre la existencia de responsabilidad de la administración cuando se ejercite acción directa sobre la aseguradora de la administración, sin embargo, el tribunal se pronuncia y hace dos puntualizaciones al respecto:

- *El pronunciamiento prejudicial sobre si la Administración ha incurrido en responsabilidad patrimonial se verificará conforme a la normativa de la misma.*
- *Solo será competente la jurisdicción civil a los solos efectos del proceso, sin que ello suponga reconocerle la competencia a la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración Pública asegurada, para lo que debe seguirse el proceso administrativo legalmente.*

Por lo que en los casos en los que se pueda exigir responsabilidad patrimonial a la administración establece el tribunal que pueden surgir diferentes posibilidades:

- 1) Que el perjudicado ejercite la acción directamente contra la aseguradora de la administración.
- 2) Que el perjudicado, inicie un procedimiento por la vía contencioso-administrativa y una vez se declare la responsabilidad de la administración, ejercite una acción contra la aseguradora de la administración.
- 3) Que el perjudicado inicie un expediente administrativo una vez tenga la resolución de la administración.

Es aquí donde la sentencia hace referencia a la cuestión sobre el alcance de la acción civil frente a la aseguradora de la administración, pues establece la sentencia lo siguiente *“la aseguradora no puede quedar obligada más allá de la obligación del asegurado así como que la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para condenar a la Administración, mientras que la jurisdicción civil sólo conoce de su responsabilidad y consecuencias a efectos perjudiciales en el proceso civil, se ha de convenir que sería contrario a la legalidad que se utilizase la acción directa para impugnar el acto administrativo, que se había consentido, a los solos efectos indemnizatorios”*, quedando así de manifiesto por parte del pronunciamiento del tribunal que se conseguiría de esta forma un reconocimiento de la responsabilidad de la

aseguradora de la administración en vía civil, por lo que como consecuencia sería condenada en vía civil en aplicación a lo que se establece en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro *“El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido”*

En conclusión, cuando el perjudicado se dirija directamente contra la administración, es porque no existe una concurrencia con una aseguradora y por lo tanto el órgano competente son los tribunales de lo contencioso-administrativo, de lo contrario cuando se dirija exclusivamente directamente contra la compañía aseguradora la competencia para conocer del asunto corresponde a los tribunales civiles, pues para poder acudir a los órdenes contenciosos-administrativos primero se debe determinar si existe una actuación por parte de la administración y de la compañía aseguradora que se deba condenar para que en este orden luego se pueda acudir a los tribunales contenciosos-administrativos.

7) ANÁLISIS DE SENTENCIAS DICTADAS POR CADA UNO DE LOS ÓRDENES JURISDICCIONALES CIVIL, PENAL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

En este punto para completar el estudio y para una mejor comprensión de las responsabilidades que hemos desarrollado anteriormente, pasaremos a comentar sentencias en las que se ha determinado responsabilidad en cada uno de los órdenes, tanto civil, penal y administrativo.

ORDEN CIVIL: Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo civil de 06 de febrero de 2020 n° de resolución 84/2020 en recurso de casación⁴⁵.

En la sentencia se desestiman los recursos interpuestos por el grupo hospitalario que había sido condenado por responsabilidad médica apreciada en los facultativos adscritos al centro que fueron responsables del nacimiento, atención del recién nacido y por fallos organizativos en la gestión de los historiales clínicos.

Para entender mejor los hechos en la Sentencia fundamento de derecho primero se relata que en el año de 1999 en la Clínica de Quirón tuvo lugar el nacimiento del menor Augusto, quien tuvo que ser ayudado en el momento del nacimiento por parte de las facultativas con espátulas especiales y quien una vez producido su nacimiento apreciaron en su piel una coloración calificándola como una ictericia de grado uno que consideró la facultativa que le dio el alta como algo fisiológico, pues dicha situación no fue así y tras pasadas 48 horas de haberle dado el alta al menor, los padres tuvieron que llevarle de urgencias al hospital pues presentaba un intenso grado de ictericia en la piel. Una vez realizadas diferentes analíticas se determinó que el niño tenía en su organismo un nivel de bilirrubina de 31,4 miligramos por lo que tal y como se desprende de la sentencia *“Augusto había nacido con una enfermedad denominada DIRECCION002 transmitida por su padre. Dicha enfermedad provocó que el niño sufriera una anemia hemolítica y una subida de la bilirrubina hasta una cifra tan elevada que los médicos que le atendieron en el Hospital trataron de atajar mediante la práctica de una exanguinotransfusión que resultó infructuosa.... A consecuencia de tal dolencia, el menor sufrió lesiones consistentes en una afectación lesional de los núcleos de la base y una parálisis cerebral infantil tipo tetraparesia distónica de predominio izquierdo, que requirieron tratamiento, seguimiento y control médico por varias especialidades, así como rehabilitación en centro especializado. Las referidas lesiones se estabilizaron a los 1.320 días, todos ellos impeditivos, durante los cuales estuvo 14 días hospitalizado, restándole como secuelas: disartria grave y tetraparesia grave con perjuicio estético considerable. Estas secuelas producen una grave limitación en el lesionado por lo que se deben aplicar, teniendo en cuenta su edad, ayudas específicas como fisioterapia, logopedia, hidroterapia y ayuda/refuerzo escolar durante bastantes años con el fin de atemperar en la medida de lo posible la repercusión de las mismas sobre su vida futura. Al menor se le ha reconocido una minusvalía del 46%.”*

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo penal n° 84/2020, de 06 de febrero de 2020, ECLI:TS:2020:378.

Por estos hechos en el proceso penal no se dirimió responsabilidad penal de las médicas que atendieron el parto y posteriormente la atención del menor los días que estuvo en la Clínica hasta que le dieron el alta, por lo que se dictó sentencia absolutoria el 20 de abril de 2011. Asimismo, el tribunal desestima el recurso interpuesto por el grupo hospitalario en virtud de la lesión del artículo 15 de la Constitución Española como consecuencia del daño antijurídico sufrido por el menor, pues en el recurso el grupo hospitalario lo invocaba como una aplicación indebida al haber considerado la Audiencia que la lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral del menor. De igual manera los padres del menor también interponen recurso en cuanto a la indemnización por daños psicofísicos, recurso que es estimado por el tribunal condenando así a la entidad demandada a abonar los gastos médicos, hospitalarios, rehabilitadores ortopédicos y farmacéuticos que se generen en sucesivo, siempre que acreditada la vinculación del nexo causal entre las lesiones provocadas y las secuelas derivadas a consecuencia del hecho.

ORDEN PENAL: Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo penal de 11 de diciembre de 2017 nº de resolución 805/2017 en apelación a procedimiento abreviado⁴⁶.

En esta Sentencia del Tribunal Supremo se resuelven los dieciocho recursos de casación interpuestos contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 488/2016 de 21 de septiembre, estimando algunos de los recursos interpuestos por lo que procede a casar y anular en parte la Sentencia dictada.

En cuanto a los hechos probados en la Sentencia contra la que se interponen los recursos y que dan motivo al fallo, tienen lugar en la noche del 31 de octubre al 1 de noviembre del 2012 en el que tiene lugar la celebración de una macrofiesta de Halloween “*Thriller Music Park*” en el pabellón del Madrid Arena, en donde Miguel Ángel presidente de Diviertt promotor del evento y el encargado de contratar el servicio médico para el evento, el doctor Simón Viñals de 77 años y su hijo Carlos Viñals.

Tal y como queda señalado por el Tribunal con el ánimo de conseguir el máximo beneficio económico vendió más entradas de las legalmente permitidas por lo que se dio un sobreaforo en el establecimiento, siendo el permitido para 10.620 personas y tal y como queda en hechos probados en la sentencia “*A pesar de este aforo máximo*

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo penal nº805/2017, 11 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4867

autorizado, Diviertt vendió para el evento un número no inferior a 10.914 entradas de talonario, 1.896 entradas electrónicas a través de la empresa Ontickets.es y 3682 entradas a través de la empresa Ticketmaster, lo que supone un total de al menos 16.492 entradas vendidas, cantidad muy superior por lo tanto al límite de 10.620 personas que era el aforo total máximo permitido” es por este motivo que el Tribunal señala que a consecuencia del sobreaforo provocado por la venta de entradas en número muy superior al permitido, porque se encontraban cerrados al tránsito de los asistentes cinco de los ocho vomitorios que unían la pista central con el pasillo, la apertura de una puerta que facilitaba en gran escala la entrada de asistentes, la incorrecta gestión e incomunicación entre los promotores y los controladores de acceso, todo ello provocó una masificación de personas en la pista y tal y como se recoge en la sentencia “...como consecuencia de todo lo anterior sobre las 3'35 horas, momento en que la pista estaba absolutamente masificada por el sobreaforo provocado por la venta de entradas en número muy superior al permitido, porque se encontraban cerrados al tránsito de los asistentes cinco de los ocho vomitorios por los que el público podía salir de la pista hacia el anillo que circundaba la misma o hacia las escaleras para dirigirse a plantas superiores, y porque en dicha pista, ya absolutamente colapsada, habían entrado miles de personas en un período de tiempo aproximado de unos 28 minutos, muchos de los jóvenes que se encontraban en ella, y que sintieron una sensación tremenda de agobio y de falta de control sobre sus propios movimientos, intentaron salir por el vomitorio central del sector A, uno de los tres únicos que estaban abiertos en ese momento...Ello produjo que el gran número de jóvenes que estaban en el interior del vomitorio perdiera el control y cayeran unos encima de otros, produciéndose en pocos segundos una montaña de personas en la que los de abajo llegaron a tener hasta siete u ocho personas encima...” debido a esto tuvo como consecuencia la muerte de 5 jóvenes por graves lesiones que sufrieron a consecuencia del aplastamiento en la avalancha y la falta de atención médica por parte del equipo médico contratado por el empresa promotora del evento. Y así queda probado en la estimación del recurso interpuesto por los padres de una de las víctimas Cristina Arce, ya que el tribunal considera probado que la víctima falleció como consecuencia de la graves lesiones que sufrió debido al aplastamiento en sufrido en uno de los vomitorios en donde quedó atrapada sin que el médico Simón Viñals le prestara la asistencia sanitaria que precisara durante el tiempo que la joven estuvo en la enfermería habilitada para el evento, donde condenan al médico Simón Viñals como autor criminalmente responsable de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte, en la modalidad de

imprudencia profesional, quedando de esta manera ratificado por la segunda Sentencia dictada por el Tribunal Supremo al efecto, en la que se condena al médico como autor criminalmente responsable de un delito de imprudencia grave con resultado de muerte en la modalidad de imprudencia profesional, a la pena de un año y medio de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico por el periodo de cuatro años, y a la responsabilidad civil de 340.000€ más la imposición de costas procesales.

Tras este fallo condenatorio, Simón Viñals interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando en el recurso que la Audiencia Provincial de Madrid le había absuelto en primera instancia porque a criterios de la Audiencia entendió que aunque se hubiera atendido a la joven Cristina el resultado de su fallecimiento habría sido el mismo, alegando también que en una sentencia de casación si se modifica la absolución el acusado debe ser escuchado de nuevo algo que no ocurrió con él, es por ello que estas circunstancias dan lugar así a la sentencia del Tribunal Constitucional del 15 de febrero del 2021⁴⁷ en donde el Tribunal desestima el recurso interpuesto por Simón Viñals y ello en relación a las alegaciones que hacía Simón Viñals en su recurso, pues el acusado solo deberá ser escuchado en el caso en el que el tribunal modifique los hechos probados que son objeto de enjuiciamiento, y en este caso en la Sentencia del 11 de diciembre de 2017, no se modifican los hechos probados solo se hace una tipificación distinta sobre los hechos que ya se tenían probados.

ORDEN PENAL: Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo contencioso-administrativo de 09 de junio 2021 nº de resolución 824/2021, recurso de casación contencioso-administrativo⁴⁸.

En la sentencia se plantea la determinación de la responsabilidad patrimonial de la administración en materia sanitaria, así como la determinación de la actuación del facultativo que realizó la intervención quirúrgica se ajustó a los criterios de la lex artis y cuyo paciente padece de lesiones como consecuencia de la utilización de un producto farmacéutico defectuoso.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional sala segunda nº18/2021, del 15 de febrero de 2021, ECLI:ES:TC:2021:18.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo contencioso-administrativo nº824/2021, del 09 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2431.

En este caso se plantea un recurso por parte del demandante pues en el momento de los hechos ejercía como abogado, y en el año 2007 había perdido la visión del ojo izquierdo tras sufrir un traumatismo ocular severo, en el año 2014 acudió a los servicios de urgencias del Hospital Universitario de Canarias por un desprendimiento de retina en el ojo derecho, en donde 5 días más tarde fue intervenido por el servicio de oftalmología del hospital utilizando durante la intervención *Ala Octa* un producto sanitario que con posterioridad a la intervención se descubrió su gran nivel de toxicidad ocasionándole a sí al demandante una incapacidad permanente en grado de gran invalidez, con limitación para el ejercicio de la profesión y con dependencia para la realización de las actividades básicas. Ante esta situación surge la duda sobre sobre la qué administración es responsable, aquella que ha realizado la intervención y que como consecuencias que ha derivado en la lesión, la administración que tiene competencia para autorizar y distribuir los medicamentos y fármacos o el laboratorio que ha creado el medicamento o fármaco, es por esta cuestión por la que el perjudicado interpone recurso de casación en base a los requisitos exigidos para que concurra la responsabilidad patrimonial de la administración esto es; que el paciente hubiera sufrido un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, que el sujeto no tuviera el deber jurídico de soportar el daño ocasionado, el Tribunal Constitucional rechaza los argumentos del recurso interpuesto por el demandante pues según el pronunciamiento del Tribunal no basta con que el daño se produzca para que la administración tenga el deber de indemnizar, sino que además se debe constar con que el facultativo no se haya ajustado a la *lex artis*, por lo que en este caso no se puede condenar Servicio de salud autonómico cuando no tiene atribuidas las competencias en el control del producto utilizado en las intervención quirúrgica ya que esta tal y como se recoge de la sentencia *“la competencia para la autorización, homologación y control de los medicamentos y productos sanitarios corresponde, única y exclusivamente, al órgano estatal con competencia para ello, cual es la Agencia Española de los Medicamentos y Productos Sanitarios”*. Por lo que a consideración del Tribunal quienes deben responder por las lesiones causadas al demandante son el productor del medicamento o en todo caso la administración que tiene las competencias para autorizar y vigilar los medicamento y productos sanitarios, eximiendo de esta forma al servicio de salud autonómico de la responsabilidad.

8) INCIDENCIA EN LA MATERIA DE LA PANDEMIA OCACIONADA POR EL SARS-COVID- 19 Y ESTADO DE ALARMA DECRETADO A CONSECUENCIA DE LA MISMA.

Para poder empezar a desarrollar este punto, primero debemos contextualizar la situación en la que nos encontrábamos en el año 2020 y cómo sucedieron los acontecimientos en relación a la pandemia mundial provocada por la infección por SARS-CoV-2 y la enfermedad denominada COVID-19, como ello dio lugar a el decreto del Estado de Alarma en el país, así como las consecuencias que ello ha conllevado no solo para los ciudadanos sino también para el personal médico, que ha consecuencia de la pandemia se ha visto desbordado en cuanto a la falta de equipos médicos y medios humanos para hacer frente a la crisis sanitaria.

Tal y como se recoge por parte del Ministerio de Sanidad, el día 30 de enero de 2020 tras una reunión convocada por la OMS para discutir sobre el alcance e impacto que tendría el brote del virus cuyo inicio fue en la República Popular de China a finales del año 2019 y se extendió con gran rapidez a otros países, dada esta situación se esperaba que el brote del virus siguiera creciendo, pues se desconocía las causas que lo originaban así como una posible cura, el Director General de la OMS declaró el brote del virus Covid-19 como una emergencia de salud pública de importancia internacional, siendo el objetivo de ello garantizar la seguridad sanitaria mediante la aplicación de un Reglamento Sanitario Internacional para que de esta manera la OMS garantice una vigilancia y evaluación de los riesgos y se pueda producir una comunicación de toda información que sea necesaria y relevante para tomar decisiones.

Debido a la rápida propagación del virus y al gran aumento de contagios en un lapso de tiempo muy corto a nivel mundial, en España tenemos la primera norma jurídica al respecto el día 14 de marzo tiene lugar el RD 463/2020 por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19, que se prorrogó hasta el 21 de junio del 2020, seguido de este Estado de Alarma el día 25 de octubre de 2020 se aprueba un segundo estado de alarma cuya duración era desde el 9 de noviembre y fue prorrogado hasta el 9 de mayo de 2021.

Dentro de los artículos del mencionado Real Decreto 463/2020 debemos hacer énfasis en dos en particular el artículo 12 y el artículo 13. El artículo 12 hace mención a las medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio

nacional, por lo tanto se dispone que *“Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. 2. Sin perjuicio de lo anterior, las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento”*. Y en cuanto al artículo 13 se establecen las medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública, estableciendo así que, *“El Ministro de Sanidad podrá: a) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento del mercado y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el desabastecimiento de productos necesarios para la protección de la salud pública. b) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, incluidos los centros, servicios y establecimientos sanitarios de titularidad privada, así como aquellos que desarrollen su actividad en el sector farmacéutico. c) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias en aquellos casos en que resulte necesario para la adecuada protección de la salud pública, en el contexto de esta crisis sanitaria”*. Por lo que se puede concluir de estos dos articulados es que de competencias que estaban atribuidas a las Comunidades Autónomas, en el momento de la entrada en vigor del Estado de Alarma el Ministerio de Sanidad tenía bajo sus órdenes directas a las administraciones sanitarias de todo el territorio nacional centralizando de esta manera todo el sistema sanitario.

Debido a la inminente llegada de la pandemia y a su gran avance, las medidas adoptadas por el gobierno como las expuestas anteriormente no fueron suficientes y nuestro sistema sanitario evidenció una manifiesta carencia de medios tanto de infraestructuras como de personal sanitario para hacer frente a la pandemia provocada por el SARS-CoV-2, y ello debido a que muchos facultativos y personal sanitario tuvo grandes cifras de contagios y falta de personal tanto en atención primaria como en

atención en unidades especializadas para pacientes Covid-19, pues así quedó de manifiesto en el informe del defensor del pueblo del 26 de noviembre de 2020⁴⁹:

- *“Una de las cuestiones que más problemas produjo en un principio fue la falta de material de protección individual para los profesionales sanitarios...”*
- *“Otra cuestión también muy reclamada desde los primeros días fue la realización de pruebas diagnósticas al personal sanitario y a trabajadores de servicio sociosanitario...”*
- *“La información aportada por cada Comunidad Autónoma sobre las prórrogas de las contrataciones extraordinarias de personas que se realizaron diverge las unas de las otras...” “...el sistema sanitario debe mantenerse reforzado con personal y medios hasta que la crisis sanitaria pueda darse por concluida, y aun entonces habrá que revisar cuánto de ese refuerzo extraordinario debe hacerse estructural para corregir el déficit previamente existente...”*

Al igual que también quedó de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo sala tercera de lo contencioso-administrativo del 8 de octubre de 2020⁵⁰, en la que se estima de forma parcial que los profesionales sanitarios careciendo de los medios adecuados de protección al inicio de la pandemia, lo cual supuso un serio riesgo para los derechos fundamentales de los facultativos que se reconocen en el artículo 15 de la Constitución Española en relación a los artículos 40.2 y 43.1 de la misma.

Otros de los grandes perjudicados se encuentra entre los residentes de los centros asistenciales de mayores ya se trate de centros públicos o privados, pues fue el grupo de la población española que vivió con mayor dureza las consecuencias de la primera ola del Covid-19 y esto a que fue en las residencias en donde se presenciaron el mayor número de contagios así como un gran número de fallecidos, pues según los datos facilitados por el Gobierno en colaboración con el Instituto de Mayores y Servicio Sociales, el Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias y del Instituto de Salud Carlos III, la

⁴⁹ Informe Defensor del Pueblo: *Actuaciones ante la pandemia de Covid-19*, comparecencia ante la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales, 26 de noviembre de 2020.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3024

cifra de muertes en residencias de personas mayores era de 20.268 solo desde el inicio de la pandemia hasta el mes de noviembre del año 2020. Para poder determinar si en este caso concurre responsabilidad patrimonial de la administración, primero debemos fijar las competencias que se le atribuye en materia de asistencia a las residencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas.

En primer lugar, debemos comentar que en la Constitución se establece en el artículo 50 que les corresponde a los poderes públicos “*promover el bienestar de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atienda sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*”. Y como competencias transferidas a las Comunidades Autónomas se establece en el artículo 148.1.20 *Asistencia social*. Correspondiendo de esta forma a cada Comunidad la regulación de las normas en materia asistencial tanto de las residencias públicas como de las residencias privadas. Pero debemos tener en cuenta que cuando se decretó el Estado de Alarma el 14 de marzo de 2020 y entró en vigor el RD463/2020 todos los servicios sanitarios quedaron bajo la orden directa del Ministerio de Sanidad, por lo tanto, las competencias que se encontraban transferidas a las Comunidades Autónomas se centralizaron en el gobierno.

Por lo que en este caso para poder determinar si existe una posible responsabilidad patrimonial de las administraciones tal y como se pronuncia GÓNZALEZ CARRASCO⁵¹ se debe diferenciar entre la responsabilidad de residencias cuya titularidad corresponda a las Comunidades Autónomas de manera pública y privada. De manera que, cuando se trate de residencias públicas debemos tener en cuenta que incrementarán el número de reclamaciones a las administraciones autonómicas porque siguen siendo las competentes en cuando a la prestación del servicio, si bien es cierto que durante el decreto del Estado de Alarma estas se encontraban bajo la dirección del gobierno central, por lo que en este sentido y en relación a lo que se establece en el artículo 33 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, sobre la responsabilidad concurrente de las administraciones públicas, la responsabilidad de las administraciones autonómicas puede ser desestimada y ello en función de la responsabilidad única de la responsabilidad del Estado. En lo que se refiere a las residencias privadas hay que estar a lo que se dispone en el artículo 148

⁵¹ GÓNZALEZ CARRASCO, M.C. *Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación*. Proyecto de investigación PGC2018-098683-B-I00.

del 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 Consumidores y Usuarios, en el artículo 148 se establece que *“Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios...”* por lo que se desprende del articulado que se establece un régimen de responsabilidad objetiva.

Ya para concluir y a un nivel más genérico para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas a consecuencia de la pandemia ocasionada por el SARS-CoV-2, se establece los mismos requisitos que se encuentran en el artículo 32 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público *“Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*. Asimismo, se contemplan los criterios fijados por la doctrina exigiendo que; se trate de un hecho imputable a la administración, que se trate de un daño antijurídico y del cual el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportarlo, el daño ha de ser, real, efectivo y evaluable económicamente, debe existir una relación de causalidad entre el hecho que se le imputa a la administración y el daño producido, así como una ausencia de fuerza mayor y que el de derecho que se reclama no haya prescrito.

En cuanto al cálculo de la indemnización viene siendo práctica habitual por parte de los tribunales tal y comentábamos en anteriores puntos que se acepte los baremos de tráfico, pero este sistema es simplemente orientativo, puesto que la cuantía de indemnización se calculará en referencia al día en que la lesión se produjo debiéndose tener en cuenta el día en el que se finaliza el procedimiento de responsabilidad así como su debida actualización conforme al Índice de Garantía de la Competitividad fijado por

el Instituto Nacional de Estadística y todo ello con los posibles intereses de demora que corresponda.

9) CONCLUSIONES

- La actuación médica, o sanitaria en general, puede dar lugar a una responsabilidad civil, ya sea contractual ya sea extracontractual o aquiliana, a una responsabilidad penal si por la gravedad o intencionalidad del hecho puede ser constitutivo de delito, o a una responsabilidad administrativa cuando el facultativo actúa como funcionario público al servicio de la Administración, ya sea por normal o anormal funcionamiento de la Administración Sanitaria.
- La responsabilidad del médico en los supuestos de medicina curativa es una responsabilidad de medios, de forma que el facultativo no queda sujeto a una obligación de curar al paciente, sino que debe proporcionarle todos los cuidados que requiera conforme el estado de la ciencia en el momento del procedimiento médico. En la medicina voluntaria, por el contrario, se considera, en general, que existe una obligación de resultado. Sería el caso, por ejemplo, de la cirugía estética.
- Para concluir si existe o no responsabilidad debe determinarse si se ha producido alguna infracción de las normas y protocolos que constituyen la Lex Artis ad hoc en cada caso. El título de imputación sería la culpa o negligencia, pero en determinados casos, se produce una inversión de la carga de la prueba. La prueba del daño siempre corresponderá al perjudicado.
- El facultativo deberá informar al paciente y contar con el consentimiento del mismo a la hora de realizar cualquier clase de intervención o tratamiento, el cual deberá tener la duración necesaria hasta la mejoría y recuperación del paciente. La omisión o deficiencia del consentimiento informado se considera una mala praxis formal del facultativo, en la que la relación de causalidad se establece entre la omisión de la información y la posibilidad de haber eludido, rehusado o demorado el paciente la intervención médica cuyos riesgos se han materializado.

- En caso de daño serán indemnizables los perjuicios corporales y materiales sufridos. La ley no hace mención a los posibles daños morales que pueda sufrir el perjudicado y es aquí en donde la jurisprudencia ha elaborado doctrina al respecto refiriéndose al daño moral como el padecimiento causado por la angustia, ansiedad, inquietud e inestabilidad emocional personal o familiar.
- Para determinar la cuantía indemnizatoria no existe hasta el día de hoy en nuestro ordenamiento jurídico un sistema que nos permita valorar las negligencias médicas, es por ello que los tribunales han venido aplicando el baremo de tráfico, aunque este no es vinculante para el Juzgador y en algunos casos para determinar la cuantía se realiza en base a la jurisprudencia que haya sentado precedente.
- No puede establecerse una clara distinción entre la culpa penal y la culpa civil, por lo que el perjudicado puede iniciar acciones por las dos vías, quedando ya en este caso en manos de los jueces dictaminar si existe ilícito penal o no. Si en el proceso penal se dicta sentencia condenatoria, en el proceso civil se produce efecto de cosa juzgada, y si el proceso penal finaliza con una condena absolutoria, por el contrario, no se produce efecto de cosa juzgada y en el proceso civil se podrán discutir nuevamente los hechos.
- Desde hace un tiempo existe un extraordinario aumento en las reclamaciones contra los médicos y las instituciones sanitarias, como consecuencia de las elevadas expectativas de los pacientes y familiares en relación con los resultados de cualquier actuación, que chocan en ocasiones con la falta de medios de los servicios de salud. Ello ha provocado el incremento de la cobertura de los seguros médicos de responsabilidad, y ha condicionado la actuación médica, de forma que en muchas ocasiones se practica una medicina defensiva.
- En el ámbito administrativo, cuando un ciudadano realiza una reclamación se prevé la posibilidad de que la propia Administración se dirija contra el funcionario que ha causado el daño, en el ejercicio de una acción de repetición

si concurre dolo o culpa grave. Esta situación que se da en pocas ocasiones, ya que es habitual que las administraciones simplemente inicien frente al funcionario un procedimiento disciplinario en casos extremos, lo que resulta muy criticado puesto que promueve la imprudencia por parte de facultativos al no haber una sanción en sentido estricto por parte de la Administración.

- Esta situación se ha agravado con la situación de pandemia Covid-19 iniciada en el año 2020, como consecuencia de la cual nuestro sistema sanitario evidenció una manifiesta carencia de medios tanto de infraestructuras como de personal sanitario, dando lugar a que muchos facultativos y personal sanitario tuviera grandes cifras de contagios y falta de personal tanto en atención primaria como en atención en unidades especializadas para pacientes Covid-19. La situación se ha hecho especialmente grave en las residencias de la tercera edad, dada la vulnerabilidad evidente de sus usuarios.
- Los poderes públicos deberían priorizar la atención a los servicios sanitarios al objeto de dotar a los facultativos de cuantos medios precisan en el ejercicio de su profesión para minimizar los riesgos de la actuación médica, procurar el desempeño de las funciones con plena seguridad, dar una adecuada atención a los pacientes en consonancia con los avances científicos del siglo XXI, y evitar que en situaciones de emergencia se deje de lado el tratamiento del resto de las patologías. Sólo de esta manera podrán evitarse perjuicios innecesarios y reducirse la litigiosidad, aliviando el peso de juzgados y tribunales.

10) BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN

Código Civil

Constitución Española

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.

Código Penal

Ley 39/2015 de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público.

JURISPRUDENCIA

Sentencia de 29 de julio de 1994 RJ:19946937.

Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2006,
Rec. 59/2000

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006, Rec. 2761/1999.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 junio de 2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 RJ: 2000/7799.

Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012.

Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de octubre de 2004.

Sentencia del Tribunal Supremo sala primera de 27 abril 2001 RJ: 2001/6891.

Sentencia del Tribunal Supremo sala primera de 2 julio 2002 RJ: 2002/5514.

Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1987.

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Navarra 22/2001, de 27 octubre de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007 Roj:356/2007.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio ECLI: ES: TS: 2000:6299

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2019 nº 321/2019
ECLI:ES:TS2019:1840

Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo penal nº 84/2020, de 06 de febrero de 2020, ECLI:TS:2020:378.

Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo penal nº805/2017, 11 de diciembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4867

Sentencia del Tribunal Constitucional sala segunda nº18/2021, del 15 de febrero de 2021, ECLI:ES:TC:2021:18.

Sentencia del Tribunal Supremo sala de lo contencioso-administrativo nº824/2021, del 09 de junio de 2021, ECLI:ES:TS:2021:2431.

OBRAS DOCTRINALES

SÁNCHEZ GARCÍA, M.M., “*Evolución Jurisprudencial de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Sanitaria*”, en COMUNICACIONES, Extraordinario XXII Congreso 2013, Vol. 23, pág. 191.

ALBÁCAR LÓPEZ, J. L.: *Código civil. Doctrina y jurisprudencia, Tomo V (Arts. 1445 a 1603)*, Editorial Trivium, pág. 1146.

VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 20.

CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo II- Obligaciones y Contratos*. Editorial Reus. Madrid, 1.925. Págs. 113-114

DIEZ-PICAZO Y GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Civitas, Madrid, 1980. 6ª edición.

VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 139.

SANCHO GALLARGO, IGNACIO “*Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado*” Working Paper nº: 209, pág. 21.

REGLERO CAMPOS, L: F. y col., *Conceptos generales y elementos de delimitación*, en *Tratado de Responsabilidad civil*, Navarra, 2006; YZQUIERDO

TOLSADA, M., Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid, 2001; JIMÉNEZ LÓPEZ, M^a. N., Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria, Madrid, 2011. MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil, Murcia, 2011, pp. 11-111.

GÓMEZ RIVERO M. ^a. C.- SUCH MARTÍNEZ J.- SILLERO CROVETTO B.- CAMAS JIMENA M. *Responsabilidad médica*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Pág., 142-143.

SÁNCHEZ CALERO, F: *El aseguramiento de la responsabilidad del médico: límites*. IV congreso nacional de derecho sanitario.

DOMINGO BELLO, J. *Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*, Editorial Reus, Madrid, 2009, pág. 31.

DOMINGO BELLO, J. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria*. Colección de Daños. Editorial Reus. 2013.

REGLERO CAMPOS, L: F. y col., Conceptos generales y elementos de delimitación, en Tratado de Responsabilidad civil, Navarra, 2006; YZQUIERDO TOLSADA, M., Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, Madrid, 2001; JIMÉNEZ LÓPEZ, M^a. N., Los procesos por responsabilidad civil médico-sanitaria, Madrid, 2011. MARTÍN-CASALS, M., “La modernización del Derecho de la responsabilidad extracontractual”, en Cuestiones actuales en materia de Responsabilidad Civil, Murcia, 2011, pp. 11-111.

VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 201.

VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 264 – 265.

VÁZQUEZ BARROS, S.: *Responsabilidad civil de los médicos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2009, pág. 264 – 265.

QUINTERO OLIVARES, G. *Manual de Derecho Penal, parte general*. Editorial Aranzandi 2ª, 2000.

GÓMEZ RIVERO M.ª C.- SUCH MARTÍNEZ J.- SILLERO CROVETTO B.- CAMAS JIMENA M. *Responsabilidad médica*. Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, Pág., 37-40.

LUZÓN PEÑA, D. M., *Comentarios al Código Penal, parte general I*, 1996.

TORRENT i REBERT, P. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*, Fundación Mapfre Estudios.

GÓNZALEZ CARRASCO, M.C. *Responsabilidad patrimonial y civil por contagios del SARS-CoV-2 en residencias de mayores: nexos causal y criterios de imputación*. Proyecto de investigación PGC2018-098683-B-I00.

WEBS CONSULTADAS

Definición Lex Artis, Diccionario Panhispánico <https://dpej.rae.es/lema/lex-artis>.
Última consulta 27/07/2021.

C.CALVIN ABOGADOS <https://www.stopnegligenciasmedicas.com/negligencia-medica-por-falta-de-informacion/> Última consulta 17/11/2021.

Responsabilidad patrimonial de la administración y contagio por Covid-19 <https://elderecho.com/responsabilidad-patrimonial-la-administracion-contagio-covid-19>
Última consulta 27/01/2022.

Radiografía Covid-19 en las residencias de ancianos <https://www.rtve.es/noticias/20220204/radiografia-del-coronavirus-residencias-ancianos-espana/2011609.shtml> Última consulta 30/01/2022.

