

ASPECTOS PRÁCTICOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Francisco Damián Vázquez Jiménez
Abogado

Cuando recibimos en nuestros despachos un cliente con un caso de presunta negligencia o responsabilidad médica, lo primero que debemos analizar es si efectivamente ha existido mala praxis médica y el alcance de la misma, en definitiva ver la viabilidad del asunto. Para ello debemos acudir al concepto de *Lex artis*

Es un principio básico sustentado por la jurisprudencia que la obligación del profesional de la medicina es de actividad o medios y no de resultados (salvo en determinados supuestos que señalaré más adelante). Es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica con todos los medios de que se dispone y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la *Lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad médica exigiendo que no sólo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha *Lex artis*.

Pero debemos acudir a la *Lex artis ad hoc*, para el caso específico que se nos ha planteado y en relación a un determinado paciente, comprobando si se han aplicado correctamente las reglas y normas de actuación que dicta la medicina para ese acto médico concreto, conforme a las normas de la ciencia y medios actuales, por lo que en la mayoría de las ocasiones deberemos auxiliarnos de un perito médico, protocolos sanitarios, revisar con detenimiento el historial médico, bibliografía, etc.

En cuanto a la competencia y jurisdicción, lo primero que **debemos averiguar es si la asistencia médica presta da tiene carácter público o privado** y valorar por el abogado y el cliente las ventajas e inconvenientes de una reclamación administrativa, penal o civil, o incluso presentación de escrito al Colegio de Médicos correspondiente dando a conocer el problema surgido (con aplicación en ese caso de las normas deontológicas médicas y procedimientos sancionadores), para decidir entre todas ellas.

En la Comunidad Andaluza el Servicio Andaluz de Salud (SAS) es un organismo autónomo adscrito a la Consejería de Salud, que se encarga de prestar la correspondiente asistencia sanitaria pública (hospitales, Cares, ambulatorios...). Ante un problema en dicho



ámbito, el letrado con representación del cliente o el propio paciente perjudicado por una mala asistencia médica o sus familiares (fallecimientos, menores...), pueden presentar la correspondiente reclamación patrimonial administrativa, que será tramitada por el Servicio de Aseguramiento y Riesgos del Servicio Andaluz de Salud (con sede en Sevilla), exceptuando algunos hospitales (ejemplo: empresa pública Hospital Costa del Sol de Marbella, dependiente de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía), que habitualmente instruyen con sus propios servicios jurídicos las reclamaciones que se les presenten.

En dichos casos, se tramitará un expediente administrativo, en el que es recomendable fundamentar correctamente la reclamación por una deficiente asistencia sanitaria, proponer y practicar pruebas, cuantificar el importe de la indemnización interesada, con el correspondiente trámite de alegaciones y resolución estimatoria o desestimatoria de nuestra pretensión. Los abogados que nos dedicamos al derecho sanitario conocemos la lentitud en resolver dichos expedientes por parte de la Administración, por lo que en caso de no resolución expresa en el plazo de 6 meses o resolución desestimatoria, queda abierta la posibilidad de presentar el correspondiente recurso contencioso administrativo en defensa de los intereses de nuestro cliente.

Otra de las preguntas habituales resulta ser cuál es el órgano judicial encargado de conocer dicho recurso,

que en el supuesto indicado anteriormente de expedientes tramitados por el Servicio de Aseguramiento y Riesgos del SAS, resultan ser los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Sevilla, a tenor de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (órgano central SAS con sede en Sevilla). En otros casos puede ser competente el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo. Habitualmente se personan en dichos procedimientos las aseguradoras que tenga cubierta la responsabilidad del Servicio Andaluz de Salud en el momento del siniestro (existiendo franquicias).

Ante hechos más graves, como el fallecimiento de un ser querido, evidente imprudencia profesional, lesiones, etc, que pudieran ser **constitutivas de un delito o falta**, la vía más aconsejable, ya sea asistencia médica pública o privada, sería la inmediata presentación de una denuncia o querrela criminal, del que conocerán los Juzgados de Instrucción, y en las que es recomendable solicitar una serie de diligencias como solicitud de historiales clínicos completos, petición de autopsia judicial (en casos de muerte, con independencia de que se puede solicitar al propio hospital) y que finalmente derivarán en un informe de médico forense adscrito al Instituto de Medicina Legal y Forense, que ilustrará a las partes (es recomendable personarse como acusación particular) y al juzgado de la existencia o no de infracción de la *lex artis ad hoc* y de la relación de causalidad entre el daño causado y el acto médico, y con independencia de que la acusación particular pueda aportar informes periciales propios. Acabada la instrucción se archivará la causa o se dictará resolución para su tramitación como juicio de faltas, o auto de apertura juicio oral, para el procedimiento abreviado, con calificación de las partes, acto de la vista oral, hasta sentencia y posible recurso de apelación.

Las especialidades más denunciadas son ginecología, traumatología, asistencia en urgencias y cirugías de todo tipo, y la casuística es muy diversa como errores de diagnóstico, quirúrgicos o de tratamiento, omisión de asistencia médica, imprudencia profesional, etc y alcanza no sólo a los médicos, sino al personal sanitario (ayudantes técnicos sanitarios, anestelistas, matronas...). Algunos delitos previstos en el Código Penal serían: homicidio imprudente, lesiones, abortos, lesiones al feto, eutanasia, intrusismo, omisión del deber de socorro, falsedad documental, contra la salud pública, y encuadrados en definitiva en la responsabilidad sanitaria, habitualmente por imprudencia profesional.

Estos extremos también son aplicables a la **asistencia médica privada** (médico particular, hospital privado, aseguradora médica...), de cuya actuación puede derivarse responsabilidad penal o civil. En el caso de responsabilidad civil, es recomendable presentar una reclamación extrajudicial



con la posibilidad de llegar a un acuerdo (y que servirá para paralizar la prescripción de un año desde el acto médico o estabilización de las secuelas), contando los facultativos con seguros de responsabilidad civil, por lo que deberemos hacer extensible dicha reclamación a su aseguradora (incluso aseguradoras médicas como Adeslas, Sanitas, etc, en caso de que el asegurado haya elegido un médico o clínica dentro de su cuadro médico). De ser necesario se interpondría la correspondiente demanda contra todos ellos ante los Juzgados de Primera Instancia competentes.

Sentencia AP Barcelona, sec. 4ª, S 10-11-2003, nº 772/2003, rec. 214/2003. Pte: Hernández Ruiz-Olalde, Mercedes:

“Ha quedado probado, en efecto, la producción del resultado lesivo en el ámbito del contrato de asistencia médica concertada entre las partes por una defectuosa prestación del servicio por personal y en centro pertenecientes al cuadro médico de aquélla, debiendo estimarse que en virtud del contrato suscrito, la entidad apelante asumió no sólo el pago de los gastos médicos sino la efectiva prestación de la asistencia sanitaria a través de los facultativos y los medios que la misma determina y en las condiciones y requisitos que la póliza detalla, los cuales no son de absoluta libre elección por el asegurado, que ha de limitarse al cuadro de centros y profesionales de la Compañía...”

Resulta necesario recopilar toda la información posible (historial médico completo, facturas del pago asistencia médica, fotografías, periciales) para sustentar dicha demanda. Recientemente la Ley 19/06, de 5 junio, modifica y amplía el art. 256 LEC, incluyendo un apartado 5 bis: *Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley.* Es una diligencia preliminar preparatoria del juicio y de vital importancia en los casos que el cliente no haya podido conseguir la historia clínica o el centro o profesional sanitario les haya negado su entrega.

Reseñar igualmente que las disposiciones legales (desde Ley General 14/86 de Sanidad, Ley 2/98 Salud Andalucía, 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...), contemplan una serie de derechos del paciente, como es la de poder conseguir una copia completa de su historia clínica. Un simple escrito presentado ante el hospital, clínica o médico correspondiente, por el propio paciente (acompañando DNI) o sus familiares en caso de fallecimiento o imposibilidad con autorización (copia libro familia) es suficiente para conseguir dicha copia.

En los procedimientos civiles son de fundamental importancia los dictámenes periciales, que forzosamente acompañarán el escrito de demanda o en su caso el de contestación, y si no hubiera tiempo material para su presentación con dichos escritos, nunca debemos olvidarnos de consignar en la demanda que se ha encargado la elaboración de un informe pericial o designar a dicho fin el correspondiente organismo o perito, pudiendo las partes solicitar sea designado un perito judicial.

Es recomendable acudir a un perito que tenga la especialidad correspondiente al caso que se nos presenta, incluso complementado por una valoración del daño corporal. Será necesario probar la deficiente asistencia médica, el daño causado y la relación de causalidad. Actualmente como criterio general los jueces y tribunales acogen por analogía los baremos de indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Seguros para víctimas de accidentes de tráfico, para la valoración de dicho daño, estando en preparación en la actualidad un baremo específico para casos de responsabilidad médica.

En determinados supuestos se yuxtaponen la responsabilidad contractual (1101, 1004 y s.s. Código Civil) y extracontractual (1902 y 1903 Código Civil), en la asistencia médica privada, siendo el criterio de unidad de culpa civil recogido por el Tribunal Supremo Sala 1ª, en sentencias de fecha 24 de julio de 1998, 9 de junio de 1998, 18 de junio de 1998, 30 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2000. En el mismo sentido la S.T.S. de 31 de diciembre de 1997: *cuando el hecho dañoso es violación de una obligación contractual (o similar) y al mismo tiempo del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual, y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente.... todo a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible* (referenciado la S.T.S. 18 de febrero de 1997).

Por tanto no sólo es necesario demandar al facultativo, clínica o centro hospitalario, sino que en ocasiones se debe extender a la aseguradora médica, ya que pueden plantearse supuestos de litisconsorcio pasivo necesario, y yuxtaponerse las responsabilidades contractual y extracontractual en un mismo caso.

Es muy recomendable acudir a las disposiciones de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios (artículos 1, 25 y 28 números 1 y 2), como sustento de nuestras demandas. Como se ha indicado anteriormente la medicina no es una ciencia exacta, existiendo una obligación de medios o actividad por parte de los profesionales sanitarios, que no de *resultado*, salvo determinados supuestos como en la cirugía satisfactiva, en los que sí se exige jurisprudencialmente dicho resultado. A modo de ejemplo citaremos la cirugía estética, vasectomía-ligadura de trompas, odontología, algunos procedimientos oftalmológicos... que se equiparan a un contrato de obra (arts. 1544 en relación 1583 C. Civil), y si el resultado no ha sido correcto y conforme a lo solicitado, forzosamente se verán obligados a indemnizar al perjudicado, existiendo un aumento considerable de reclamaciones en dichas especialidades en los últimos tiempos.

En caso de obligación de resultado, acreditado el nexo causal de que la actividad médica no produjo el resultado previsto, la jurisprudencia ha aplicado la obligación de reparar en casos como: operación de cirugía estética (*lifting*) en la sentencia de 28 de junio de 1997; tratamiento para alargamiento de las piernas en la de 2 de diciembre de 1997; colocación de dispositivo intrauterino anticonceptivo en la de 24 de septiembre de 1999 e intervención en oftalmología en la de 2 de noviembre de 1999. La sentencia de 28 de junio de 1999 contempla el caso de un tratamiento odontológico, rehabilitación de la boca que no logró el resultado y fue otro odontólogo el que la rehabilitó finalmente, por lo que se estimó la demanda.

En ocasiones podemos citar teorías como las del *daño desproporcionado*, la cosa habla por sí sola (*res ipsa loquitur*), en las que se constata un daño desproporcionado para la patología por la que venía siendo atendido el paciente, o incluso la culpa virtual, como excepciones a la obligación de medios, y en las que el profesional médico o sanitario responderán por el resultado dañoso que normalmente no se produce salvo que haya existido alguna conducta negligente. Tal como han expresado las sentencias 29 junio de 1999, 29 noviembre de 2002 y 31 enero de 2003: *la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del Anscheinsbeweis (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle (culpa virtual), lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto.*



Importancia clave en la relación médico-paciente presenta en la actualidad el *Consentimiento Informado*, regulado en la Ley General de Sanidad, y posteriormente por la Ley 41/2002, de 14 noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, siendo regulado también por las diferentes comunidades autónomas, entre ellas la de Andalucía, dentro de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. El consentimiento informado daría por sí sólo para la elaboración de un artículo específico.

El Art. 8 Ley 41/2002, dispone:

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.*

La importancia del consentimiento informado por escrito, en los casos indicados, basta por sí sólo para conseguir una condena económica (incluso considerado como daño moral), ante casos en los que no realiza dicho consentimiento o el mismo es defectuoso, no se identifica el facultativo que lo realiza o no consta su firma, no se describe la intervención o técnica a realizar, las alternativas y sus complicaciones. Los límites del consentimiento informado y consentimiento por representación se recogen en el art. 9 de dicha ley, y el art. 10, establece:

1. *El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:*

Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

Las contraindicaciones.

2. *El médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.*

Prácticamente todas las especialidades, actos médicos y hospitales cuentan con sus propios modelos de Consentimiento Informado, y se debe huir de los modelos típicos o genéricos para cualquier acto médico, ya que deben ser concretos y específicos para la situación médica de cada paciente. Y es que no puede desconocerse que si bien el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicompreensivo, sí que debe extenderse *las complicaciones previsibles y frecuentes*, y que para que el consentimiento sea eficaz es preciso que éste se preste con conocimiento de causa, y *para ello se requiere que se le hubiese comunicado entre otros aspectos los riesgos y complicaciones que podían surgir durante o a posteriori de la operación*, deber que no se cumple cuando ... *no se avisa o se hace saber con carácter previo la posibilidad de unos riesgos y complicaciones que según la valoración probatoria de la instancia son frecuentes y que el usuario debe conocer para poder tomar la decisión* (STS. 2-7-2002). Igualmente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 enero de 2001, Sala Civil, ha declarado que la información al paciente sobre la intervención es un derecho humano fundamental que el médico está obligado a respetar, estando el cirujano obligado a informar al paciente de cualquier riesgo conocido, aunque su incidencia estadística sea escasa o despreciable.

En ocasiones nos encontramos con pérdidas de historiales clínicos, manipulación, negativa a su aportación, o manifestaciones del personal sanitario que no corresponden con el contenido del historial médico, extremos valorados muy negativamente por los jueces, y que sustentan condenas. Es una máxima, que lo *que no está en el historial, no existe en la realidad*, o dicho de otro modo, todo lo que no está en la historia clínica, se debe considerar como no realizado, siendo uno de los elementos probatorios a tener más en cuenta en la responsabilidad médica o sanitaria.

Otros casos que se pueden plantear pueden ser los tratamientos con láser, medicamentos, altas improcedentes o precipitadas, errores de diagnóstico, infecciones o contagios hospitalarios, listas de espera, cirugía plástica, utilización de productos prohibidos... Todas estas cuestiones prácticas nos servirán para dar el mejor consejo a nuestro cliente, a la hora de iniciar una reclamación por responsabilidad médica o sanitaria. 