

Sentencia Audiencia Provincial de Madrid, sección 12ª, 16 de mayo de 2005, nº 345/2005, rec. 187/2004. Pte: Zapater Ferrer, José Vicente.

**CONDENA A OFTALMÓLOGO Y COMPAÑÍA MÉDICA POR AUSENCIA DE INFORMACIÓN EN UNA INTERVENCIÓN OFTALMOLÓGICA QUE CAUSÓ GRAVES DAÑOS A UN PACIENTE.**

“**SEGUNDO.**- La alegación (del recurrente) no es admisible. El "derecho de información" integra uno de los contenidos de la denominada "lex artis ad hoc", entendida como la suma de obligaciones que deben cumplirse por el médico en su calificada actividad de medios.

Como se observa en la SAP Valencia de 24 febrero 2000 el contenido de ese derecho-deber de información es de creación jurisprudencial, iniciándose con la sentencia de 25 de abril de 1994 que dotó de sustantividad a la obligación que impone el artículo 10, apartados 5 y 6 de la Ley General de Sanidad, declarando que: "Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado".

El derecho-deber de información al paciente, también conocido como "consentimiento- informado", no se encuentra huérfano de contenido al existir ya numerosas resoluciones del Tribunal Supremo que lo han ido configurando; así, la sentencia de 16 de diciembre de 1997 declaró que no era posible fijar a priori su contenido, si bien, estableció unos mínimos: características de la intervención quirúrgica; ventajas e inconvenientes de dicha intervención; riesgos de la misma; proceso previsible del post-operatorio y contraste con la residual situación ajena, y la de 2 de octubre de 1997 estableció que: "Un elemento esencial de la "lex artis ad hoc" o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo. Para definir lo que se puede estimar como información correcta hay que recurrir al art. 10.5 L 14/1986 de 25 de abril (Ley General de Sanidad), precepto donde se especifica que el paciente o sus familiares tienen derecho a que, en términos comprensibles para él y sus allegados, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. En resumen, el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes ha de ser informado. Tal información comprenderá, para no incurrir en responsabilidad, el diagnóstico de la enfermedad o lesión que se padece, el pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y los riesgos del mismo...".

Como consecuencia, no hay error alguno en la sentencia recurrida al valorar la ineficacia del consentimiento, prestado mediante la suscripción por el paciente de los documentos referidos, cuya exposición más bien parca y lacónica y de sentido eminentemente abstracto e inconcreto, en modo alguno revelan que se le hiciera saber la existencia de técnicas alternativas a la que se le iba a aplicar, ni de los riesgos y efectos secundarios de esta cirugía, entre los que se encontraban los problemas de cicatrización excesiva o defectuosa. Por otra parte, no se puede desplazar al paciente la obligación de exigir una información más completa, ante la insuficiencia de la que se ofrece; ni se altera la carga de la prueba porque se trate de medicina no curativa o satisfactiva, antes al contrario. Además, no hay prueba alguna de que verbalmente se llegase a ofrecer información verbal suficiente, ni se desplaza la carga de la prueba de haberla hecho, que pesa sobre el médico, porque el paciente manifestara que no se le informó en forma alguna, verbal ni escrita, cuando existen y están reconocidos los documentos indicados, pues esta manifestación del demandante no se opone a la existencia de tales documentos, ya que, ante su patente insuficiencia, pudo sostener legítimamente que no se le había informado en la primera ni en la segunda intervención. Al ser un hecho negativo la inexistencia de información, no se puede imponer la carga de su prueba a quien la alega, sino a quien debió cumplir con ella, facilitando un documento en el que, con precisión, se indicaran los riesgos y alternativas de la intervención.

**TERCERO.-** (...) En cualquier caso, como establece la STS de 15 septiembre 2003, no se trata de que "no se ha probado la culpa" sino de que el médico no ha probado que el resultado dañoso no se ha producido por su actuación; en este sentido, la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002, declara que "el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa, y por los medios poderosos a su disposición, gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión, muchas veces, sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.". - Se reitera, una vez más, la doctrina del resultado desproporcionado respecto a una intervención quirúrgica que produce un daño; así, sentencias de 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999, 29 de noviembre de 2002 y 30 de enero de 2003, entre otras, que declaran que ante un daño desproporcionado se desprende la culpabilidad del autor y, añaden: "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".

Y, asimismo, a mayor abundamiento, debe aplicarse la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 2671984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido aplicada por esta Sala desde las sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997 y posteriores, entre otras, de 9 de diciembre de 1998 y 29 de noviembre de 2002, que dicen; "...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluye necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros. Producido y constatado el daño se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad". (...)

Es doctrina reiterada y constante del Tribunal Supremo que enseña que la responsabilidad tipificada en el párrafo cuarto del artículo 1903 requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada; se trata de una responsabilidad directa del empresario (STS de 26 junio y 6 y 9 julio 1984 y 30 noviembre 1985), que requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante del daño y el primero (STS de 3 abril y 3 julio 1984 ) y siempre, por supuesto, que se acredite la culpa o negligencia del dependiente (STS de 30 noviembre 1985), puesto que, como señala el último párrafo de dicho artículo 1903, cuando se acredite el empleo de toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, cesará tal responsabilidad. Como señala la SAP Guipúzcoa de 6 junio 2002, en base a lo expuesto, deberá afirmarse que el criterio para la extensión de la responsabilidad extracontractual a personas no causantes, se fundamenta en la culpa in vigilando, sin que, en relación con el último párrafo del precepto, haya base para entender que empleó toda la diligencia exigible para prevenir el daño, la prueba de lo cual incumbirá a la empresa, según se desprende del mismo párrafo sexto del artículo 1903, siendo de notar que la doctrina Jurisprudencial (STS de 25 octubre 1966, 3 mayo 1967, 10 mayo 1986 y 21 septiembre 1987) configura esta responsabilidad del empresario como cuasiobjetiva.

Sin embargo la alegación es enteramente rechazable, pues, desde el momento que la apelante conociera con ..... la prestación de los servicios sanitarios a que venía obligada en la provincia de ....., asumió enteramente la responsabilidad que pudiera derivar de su intervención, que es determinante de la responsabilidad que se le exige al amparo del artículo 1903 del CC.

Por una parte, el cuadro médico en el que se integra el codemandado está confeccionado a su satisfacción, sin que ningún otro facultativo que no forme parte de él pueda intervenir profesionalmente a sus expensas, y sólo con ellos está obligada a la remuneración correspondiente, y es la lista que se publica para su aceptación por los interesados, que tampoco pueden dirigirse a otros distintos. Por ello dice la STS de 8 abril 1996 que la simple afirmación del carácter de colaborador del neurocirujano, permite la aplicación del artículo 1903, y en el presente supuesto el médico codemandado, en su interrogatorio, manifestó su firme convicción de estar contratado por la sociedad apelante.

Como consecuencia procede la integra desestimación de los dos recursos de apelación formulados, y la confirmación de la sentencia apelada e iguales fundamentos, que aquí se dan íntegramente reproducidos.

SÉPTIMO.- A efectos del art. 398 LEC las costas devengadas en el recurso serán cargo del apelante.

Por lo expuesto,

### **FALLO**

Que DESESTIMANDO los recursos de apelación mantenidos en esta instancia por los Procuradores ....., en representación de ..... contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada - Juez de Primera Instancia del núm. 71 de los de Madrid con fecha 4 de diciembre de 2003 en los autos a que el presente Rollo se contrae CONFIRMAMOS dicha resolución y el auto que la aclara de 19 de diciembre de 2003, con imposición a los apelantes de las costas causadas en este recurso.”