

RESUMEN

DERECHOS DEL MENOR

El presente comentario tiene por objeto realizar una aproximación al estudio de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en particular de las intromisiones ilegítimas cuando tienen como protagonista a los menores de edad.

Centrándonos en analizar, brevemente, un tema muy concreto, el resarcimiento del daño moral, por ser una de las cuestiones de más interés que presenta esta materia, pero sin olvidar hacer referencia también a otros mecanismos de defensa que existen para reparar estos daños y poner fin a las intromisiones ilegítimas.

ABSTRACT

MINORS' RIGHTS

This commentary attempts to approach the study of injury to the right of honour, the right of privacy and the right of self-image, particularly in illegitimate interference when the person at issue is under legal age.

We focus on briefly analysing a very specific topic, compensation for mental anguish, as this is one of the most interesting issues of this subject, but we do not fail to refer also to other defensive mechanisms that do exist for redressing such damage and putting an end to illegitimate interference.

LA APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LOS SERVICIOS SANITARIOS

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

En materia de responsabilidad y en concreto la relacionada con el sector sanitario, no es frecuente encontrar referencias a los servicios sanitarios en general. Normalmente se alude a la responsabilidad médica o a la responsabilidad de los profesionales que intervienen en el proceso sanitario. Responsabilidad que, dejando al margen si es contractual o extracontractual (1), se exige la culpa como criterio para la imputación de la misma.

Sin embargo, sabemos que la tendencia en otros ámbitos ha sido la de objetivar la responsabilidad. Atendiendo a la teoría del riesgo, los legisladores han ido introduciendo la responsabilidad objetiva (2) en distintos sectores, entre los que se encuentra el sector sanitario, se hizo en el año 1984 en la Ley

(1) Como afirma ASUA GONZÁLEZ: «cuando entre el dañado y el responsable exista una relación obligatoria, cabe plantear la reclamación con fundamento contractual y que tal fundamento habrá de ser necesariamente extracontractual cuando se pretenda reparación de quien no es parte de la relación obligatoria cuyo objeto es la presentación de servicios sanitarios». ASUA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, 3.^a ed., 2006. pág. 1163.

(2) En ámbitos como la circulación, el transporte aéreo o la energía nuclear.

26/1984, para la Defensa de Consumidores y Usuarios, con la intención de dar una mayor protección al consumidor (3) en un ámbito de vital trascendencia, a pesar de que la aplicación práctica ha sido tardía y escasa.

Todo ello nos encamina a preguntarnos: ¿Qué aspectos se engloban cuando se habla de «servicios sanitarios»?, y si ¿Es posible la aplicación de la misma regla para todos los supuestos?

II. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

El funcionamiento de los servicios sanitarios abarca un elenco de aspectos que, como señalaba en líneas precedentes, nos lleva a preguntarnos si el artículo 28 de la LGDCU puede aplicarse a todos ellos o de lo contrario su aplicación es excepcional.

La aplicación del artículo 28 en el ámbito sanitario en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo fue tardía (4), se toma como referencia la STS de 1 de julio de 1997 (5), por la *ratio dicendi* de la misma. El hecho surge tras la realización de una intervención de artrolosis en la rodilla izquierda del demandante, que tuvo como consecuencia la amputación parcial de la misma por una infección bacteriana. La Sala comienza incluyendo la responsabilidad médica como un apartado de la responsabilidad sanitaria en los siguientes términos: «La responsabilidad médica es un apartado del capítulo más general de la responsabilidad sanitaria (responsabilidad del centro médico por deficiencias de funcionamiento u organización, negligencia del personal, etc.). Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslaya en el tratamiento o en la intervención quirúrgica, sin una acreditada valoración previa de aquéllos y sin una explicación de los riesgos acumulados que aquéllos comportan, para someterlos, en suma, a la aceptación del paciente mediante su consentimiento. En estos casos la responsabilidad del médico queda fuera de la aplicación de la doctrina jurisprudencial que no acepta el desplazamiento de la carga de la prueba al demandado, como se mantiene respecto de otras posibles infracciones culposas, no obstante, que esta doctrina admite múltiples matices según proporción del resultado».

Se están poniendo de manifiesto por la Sala dos aspectos interesantes. En primer lugar, que la responsabilidad médica es un apartado de la responsabilidad sanitaria, lo que nos lleva a preguntarnos si a la responsabilidad médica se le pueda aplicar el artículo 28 de la LGDCU. Como afirma GALÁN CORTÉS, no parece viable que se pueda aplicar a la actuación médica individualmente

(3) El artículo 28.2 señala: *En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, servicios sanitarios, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños.*

(4) La ley es del año 1984.

(5) RJ 1997/5471.

considerada (6). Es preciso recordar que en la responsabilidad médica rige el principio de culpabilidad por entender que se trata de una obligación de medios (7). Si se aplicase un criterio objetivo a la responsabilidad médica, cada vez que hubiese un resultado no querido por el paciente, el médico respondería del mismo, con independencia de si actuó o no correctamente, y como se acaba de afirmar, estamos ante una obligación de medios y no de resultado (8).

En segundo lugar, incluye como una subespecie de la responsabilidad médica, la coordinación entre los distintos médicos que han tratado o tratan a un paciente. Si se considera dentro de la *lex artis* del médico esa coordinación, seguiríamos dentro de la responsabilidad como médico, si por el contrario se está ante una negligencia de la persona responsable de la coordinación, sería el centro sanitario el que debería responder sobre la base del artículo 28. Aún así, tiene que haber habido falta de diligencia o negligencia. En esta línea DÍAZ-REGAÑÓN cuestiona, refiriéndose al citado artículo, que «si en la literalidad de la norma se encuentran los elementos o características para calificar “de objetiva” la responsabilidad civil prevista en el artículo 28 LCU, para así confirmar o, de lo contrario, rechazar el entendimiento generalizado propuesto por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias» (9).

Continúa la sentencia en su Fundamento Cuarto afirmando lo siguiente: «Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1.º de la expre-

(6) GALÁN CORTÉS, J. L., «Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004», en *CCJC*, núm. 68, 2005, pág. 843.

(7) DÍAZ-AMBRONA, M. D., «La responsabilidad civil del profesional sanitario», en *Introducción a la medicina legal*, 2006, pág. 83.

(8) En este sentido son interesantes alguno de los puntos reseñados en el voto particular formulado por un magistrado en la sentencia de 31 de enero de 2003, en la que se casa y anula la sentencia de la Audiencia y se condena al pago de una indemnización al paciente. Precisa el magistrado: «A) Aunque ciertamente algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 de la LGDCU, como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, no es menos cierto que la jurisprudencia, entendida como criterio constante y reiterado en la decisión de casos semejantes, rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico cirujano, esto es, su obligación de indemnizar tan sólo porque el resultado de su intervención no sea el deseado o agrave el estado del paciente, pues en la doctrina de esta Sala la prestación del médico se configura como una obligación de medios y no de resultado, salvo en los casos de medicina no curativa sino voluntaria o satisfactoria. B) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1.902 del Código Civil es difícil de justificar, porque si la responsabilidad que aquél establece se entiende objetiva o por el resultado y la regulada por éste se funda en la culpa o negligencia, como inequívocamente se dispone en su texto y constantemente declara la jurisprudencia, esa aplicación acumulada equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es al mismo tiempo objetiva y subjetiva. C) Por ende, es más que dudoso que la expresión “servicios sanitarios” del artículo 28 comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica (...). Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce inevitablemente a una consecuencia en sí misma tan indeseable e injustificable, incluso en el plano puramente práctico, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención».

(9) DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., «Servicios sanitarios y artículo 28 LCU: ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», en *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Granada, 2006.

sada Ley, que el recurrente en cuanto persona física que utiliza unos servicios, reúne la condición de usuario, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Conforme al sistema de garantías y responsabilidad que establece el capítulo VII de tal cuerpo normativo, el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados, que la utilización de los servicios le irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los sometidos a su régimen los servicios sanitarios, conceptos que, a no dudar, comprenden los prestados por el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios». Y, por supuesto, esa responsabilidad sólo podrá excluirse si existe culpa de la víctima, como se ha puesto de manifiesto en la sentencia, o ante supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Tras la sentencia de 1997, se ha ido consolidando la aplicación del artículo 28 a los servicios sanitarios. Sin embargo, haciendo un análisis detenido, se observa un dato común en todos los supuestos planteados, y es que siempre hay un daño desproporcionado en el paciente. Sin entrar en el detalle de los hechos acaecidos, se observa en la mayoría de los casos que, tras una intervención quirúrgica realizada correctamente, es decir, hecha de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, se produce un agravamiento del paciente, debido a una circunstancia ajena a la prestación principal, bien por un funcionamiento anormal del servicio o por no mantener los niveles de eficacia y seguridad requeridos. En este sentido, la STS de 17 de noviembre de 2004 (10), entre otras, señala: «Es ahora el momento de decir que para resolver la actual contienda es preciso recurrir a la técnica del *resultado desproporcionado* del que se deriva una responsabilidad civil médica que tiene como base la existencia de un evento dañoso de tal entidad y naturaleza ilógica que sólo puede deberse a *una negligencia* (...). Todo lo cual aparece reconocido en nuestro Derecho y dirigiendo a la responsabilidad de establecimientos sanitarios para el caso de una deficiente atención médica u hospitalaria que habla de servicios sanitarios y que en su apartado primero se establece una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva».

Si retrocedemos en el tiempo, la STS de 29 de junio de 1999, después de señalar que debe aplicarse la doctrina del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del autor, indica que «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 (...) 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 la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima», por lo que se pone de manifiesto la subjetividad del acto.

El artículo 28.1 de la LGDCU contempla una responsabilidad de carácter objetivo que cubra los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando *por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido*,

(10) *RJ* 2004/7238.

incluyen 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. Como se apuntaba anteriormente, este régimen está previsto para los servicios sanitarios, como señala el apartado 2 del artículo. A tenor de lo preceptuado, si se produce un daño en un centro hospitalario se dan las circunstancias para la aplicación de la responsabilidad en el mismo. Por lo tanto, si esas circunstancias anormales al hecho concreto, como puede ser una infección adquirida en el propio hospital, o un mal funcionamiento de algún aparato, o como se decía en la sentencia de 1 de junio de 1997, referida anteriormente, la descoordinación entre los distintos servicios lleva aparejada una responsabilidad objetiva.

III. CONCLUSIONES

Tras el análisis efectuado de las diferentes sentencias, las conclusiones que se pueden extraer no son claras. Desde mi punto de vista, no se puede considerar la responsabilidad médica dentro del ámbito de actuación del artículo 28 de la LGDCU y en el marco de una responsabilidad objetiva, porque como decía anteriormente esto nos llevaría a considerar una actuación negligente igual que una diligente, pues el resultado en materia de responsabilidad sería el mismo.

Además se observa que cuando se ha aplicado el criterio de responsabilidad objetiva a los servicios sanitarios, se ha hecho trayendo a colación la teoría del daño desproporcionado, y en todos y cada uno de los supuestos, se ha detectado una actuación negligente o defectuosa de algún servicio, por lo tanto, no hay una ausencia total de culpa. En la responsabilidad objetiva no se precisa del elemento culpabilístico, lo que nos guía a preguntarnos si se está ante una verdadera responsabilidad objetiva o, quizás se ha elaborado una ficción legal para ofrecer una mayor protección al «usuario» de los servicios sanitarios en aquellos supuestos en los que no se puede delimitar cuál ha sido el elemento o la persona que ha provocado ese daño desproporcionado.

BIBLIOGRAFÍA

- ASUA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de responsabilidad civil*, coord. REGLERO CAMPOS, 3.^a ed., Aranzadi, 2006.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «La responsabilidad civil del profesional sanitario», en *Introducción a la medicina legal*, 2006.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA ALCALÁ, C., «Servicios sanitarios y artículo 28 LCU: ¿Responsabilidad objetiva o por culpa», en *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Granada, 2006.
- GALÁN CORTÉS, J. L., «Comentario a la STS de 7 de octubre de 2004», en *CCJC*, núm. 68, 2005.

RESUMEN

SERVICIOS SANITARIOS

Los servicios sanitarios comprenden una serie de actuaciones que no se pueden regular de la misma forma, ni aplicar los mismos criterios en materia de responsabilidad a todos los sectores sanitarios. Sin embargo, esa distinción no viene recogida en el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que nos puede inducir a afirmaciones erróneas.

ABSTRACT

HEALTH SERVICES

Health services encompass a series of activities that cannot be regulated in the same way, nor can the same criteria in matters of liability be applied to all health sectors. However, that distinction is not included in article 28 of the General Law on Consumer and User Defence, and this fact may lead us to erroneous assertions.