

que rige en los supuestos en que se produzcan incidencias en el equipaje en el transporte aéreo internacional. Para alcanzar este objetivo, se parte de la diferencia entre equipaje facturado y de mano, señalando ¿cuáles son los daños indemnizables?, para después analizar ¿cuánto se puede reclamar?, y por último nos detenemos en saber ¿cómo se debe reclamar y ante quién? Para ello se realiza un análisis de la jurisprudencia más reciente.

To reach this objective, we begin with the difference between checked baggage and carry-ons, specifying what kinds of damage are indemnifiable. We then go on to analyse the question of how much can be claimed in damages, and lastly how and where to file claims. In the process, we conduct an analysis of the most recent jurisprudence.

LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LA LEX ARTIS AD HOC BASE DE RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO.

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del amplio abanico de supuestos de responsabilidad civil, la responsabilidad médica adquiere una especial fuerza y relevancia por el objeto de la prestación «el paciente». El panorama jurídico ha cambiado y aunque no es el óptimo, la tendencia camina hacia una mayor protección del enfermo en todos los ámbitos, prueba de ello es la inclusión de la actividad sanitaria en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios del año 1984, la más reciente, la Ley 41/2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (1).

Se ha observado un aumento de demandas en el ámbito sanitario, efecto posible, en primer lugar, de un mayor conocimiento por la sociedad en general y por el ciudadano en particular, de los derechos que le asisten. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, las vías o caminos que se le ofrecen al paciente en nuestro derecho positivo (2). De tal forma que si el

(1) BOE núm. 274 de 15 de noviembre.

(2) Muestra de ello, entre otros, son los artículos 9 y 10 de la Ley 14/1986, General de Sanidad (Modificada por Ley 25/1990 del Medicamento, por Ley 55/99 y por Ley 62/2003, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Parcialmente derogada por Ley 41/2002, por Ley 16/2003, por la Ley 55/2003 y por la Ley 62/2003).

El artículo 9 establece que *Los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes.*

Y, el artículo 10 especifica una serie de derechos del paciente. *Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias: 1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical. 2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los*

paciente considera que no se le ha atendido correctamente con los medios que actualmente se tienen, no se le ha informado de una manera veraz y ha tenido un resultado que no esperaba, no se resigna al resultado obtenido, al menos intenta obtener una compensación económica por los daños causados y una mayor diligencia por los profesionales sanitarios.

Con carácter previo y asumiendo algunos puntos de la sentencia (3) que sirve de base para nuestro análisis sobre responsabilidad médica, se ha de analizar y clarificar el tema de la competencia jurisdiccional en los supuestos de reclamación de responsabilidad de las entidades públicas que gestionan el ámbito sanitario. Además, antes de pasar al análisis del aspecto principal, que es la delimitación del contenido de la *lex artis*, haremos un recorrido por los criterios de imputación de responsabilidad en dicho ámbito.

II. JURISDICCIÓN COMPETENTE

Uno de los motivos del recurso de casación que se contemplan en la sentencia es la falta de reclamación previa en la vía administrativa. No es novedoso el tema, pues como afirma ASÚA GONZÁLEZ (4), junto con la jurisdicción contencioso-administrativa, la social y sobre todo la civil, se han considerado competentes para conocer los supuestos de referencia.

Es preciso recordar que la sanidad puede ser pública y privada. La privada no ha planteado ningún problema respecto de la jurisdicción, siendo competente la civil. En cambio la pública sí ha suscitado polémica, debido principalmente a la falta de claridad en la normativa existente.

requisitos necesarios para su uso. 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público. 4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario. 5 y 6. Derogados por Ley 41/2002. 7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad. 8 y 9. Derogados por Ley 41/2002. 10. A participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen. 11. Derogado por Ley 41/2002. 12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan. 13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud. 14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado. 15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

(3) STS de 23 de mayo de 2006.

(4) ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, 3.ª ed., 2006. pág. 1154.

En la actualidad la cuestión es clara, pero ha habido un período de gran confusión. Con la aprobación de la Ley 30/1992, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en donde se establecía la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando era demandada la Administración, siempre que actuase en la esfera pública, pero cuando su actuación o los daños causados fuesen en la esfera privada, el tema se complicaba. A mayor abundamiento el artículo 146, que se refería a la responsabilidad civil y penal del personal al servicio de la administración, establecía en su redacción originaria que se exigiría de acuerdo con la legislación correspondiente, por lo que se deba entrada a la jurisdicción civil. Dato que es corroborado por el gran número de sentencias dictadas en este ámbito por la jurisdicción civil (5).

En la actualidad, como establece la STS de 7 de marzo de 2000: «No hay duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la Administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor (art. 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, DA duodécima de la Ley 4/1999, incorporada a la Ley 30/1992 y Ley Orgánica del Poder Judicial, nueva redacción del art. 9.4 dada por la Ley Orgánica 6/1998). Empero la situación de Derecho transitorio que la aplicación de las nuevas normas suscitan y cuyas fechas de entrada en vigor acreditan no sólo su necesidad, sino también el inicio temporal de su eficacia, junto con el respeto a lo que son determinaciones jurisdiccionales de esta Sala de casación como órgano soberano, en su respectivo orden, sin vinculación con los criterios jurisprudenciales de otras Salas, exige precisar que el asunto que se somete a enjuiciamiento corresponde decidirlo al órgano jurisdiccional civil.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de análisis, haciendo referencia a ese período transitorio y a la finalización del mismo en el año 1999, tras la promulgación de la Ley 4/1999 (6).

III. ESPECIFICIDAD DE LA *LEX ARTIS AD HOC* EN EL ÁMBITO SANITARIO

Es preciso recordar que la obligación del médico, salvo determinados supuestos concretos, es una obligación de medios (7). Como afirma MARTÍNEZ-CAL-

(5) Artículos 139 y sigs. de la LRJ.

(6) Disposición Adicional duodécima: *La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.*

(7) Con carácter general considera LOBATO GÓMEZ por obligación de medios, «...aquella obligación en la cual la prestación debida consiste en el despliegue de una actividad del deudor dirigida a proporcionar, de forma mediata, la satisfacción del interés del acreedor o, lo que es lo mismo, en el desarrollo de una conducta diligente encaminada a conseguir el resultado previsto por el acreedor al contratar. Esto es, el deudor debe poner los medios (de ahí el nombre que se le da comúnmente), a través de una actuación

CERRADA: «El médico o cirujano se obliga exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con la repetida *lex artis ad hoc*, o sea, a desenvolver su acto médico con la diligencia adecuada a tal *lex artis*» (8).

Cuando se menciona o se hace referencia en cualquier profesión a la *lex artis*, nos referimos al conjunto de reglas que llevan a hacer bien una cosa, para lo que habrá que actuar con diligencia y aplicando las técnicas previstas para cada caso. Cada oficio tiene su propia *lex artis*.

En el ámbito médico, como ha manifestado en múltiples ocasiones la jurisprudencia, la *lex artis* es el criterio valorativo de la corrección del acto médico en función de sus especiales características. Tiene por tanto un indudable origen técnico y un valor normativo que deriva de que la corrección o corrección del acto médico se mide a través de la adecuación al caso concreto de las reglas establecidas por la *lex artis*.

En la sanidad, la concreción de la *lex artis* se basa en protocolos y guías de práctica clínica. Ahora bien, esos protocolos que nacen para garantizar que la atención al paciente sea la correcta, matizando y determinando cuál debe ser el seguimiento y asistencia al paciente, surgen en su mayoría de la propia experiencia ante situaciones «estándar» o conocidas e incluso previsibles. El problema se plantea cuando surgen imprevistos, el médico se puede encontrar con elementos y factores nuevos en cada una de sus intervenciones, por lo que, aunque actúe bajo reglas generales, éstas deben aplicarse al caso concreto con elementos diversos a los establecidos, ahí es donde se da entrada a la *lex artis ad hoc* como el criterio de actuación en una situación concreta y determinada, cuya apreciación determinará la existencia o no de responsabilidad.

Es de gran interés lo establecido en el Fundamento Tercero de la sentencia de 25 de abril de 1994, en la que se detalla el contenido exacto de qué debe entenderse por obligación de medios y la aplicación de la *lex artis ad hoc*, que se reproduce a continuación «...No obstante, parece ya llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que, sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier

diligente, que posibiliten al acreedor obtener el resultado o fin práctico esperado al contraer la obligación, resultado que, sin embargo, no forma parte de la prestación, no está *in obligatione*. Consiguientemente, su cumplimiento e incumplimiento son independientes de la obtención del resultado esperado por el acreedor y dependen únicamente de la actuación diligente o negligente del deudor». LOBATO GÓMEZ, J. M., «Estudio de la distinción entre obligaciones de medios y resultados», en *ADC*, abril-junio, 1992, pág. 653.

(8) MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil*, 3.ª ed., Colex, 2004, pág. 237.

caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que en muchas de las ocasiones reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo. B) 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 del mismo, especialmente si éste 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 a otro centro médico más adecuado. C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndolo al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y D) En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia. Tercero: Que si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención».

La cuestión en el supuesto que nos ocupa, es la implantación de un injerto para separar dos vértebras, el injerto implantado es de tamaño inferior al necesitado, produciéndose un desplazamiento que provoca determinadas lesiones en la demandante. Los cirujanos que intervinieron tuvieron que volver a operar, pero la lesión ya había provocado daños irreparables. La técnica utilizada era la adecuada para el tipo de dolencia que sufría la paciente, pero la cuestión que se plantea es si la intervención quirúrgica fue practicada de acuerdo a la *lex artis*.

Es preciso plantearse si al tratarse de una responsabilidad médica cobra especial importancia la *lex artis ad hoc*, que como señala MARTÍNEZ-CALCERRADA cada acto es una ley, en el sentido, como afirma el autor, que «para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el paciente/sociedad, la preexistencia de una *lex* que así lo juzgue o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de éste en relación con aquél, se podría hasta opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente, habrá de enjuiciarlo (9).

Como se ha manifestado anteriormente, la técnica aplicada fue la adecuada, pero quizá la intervención no se llevó a cabo de acuerdo con la *lex artis* que los cirujanos debieron de aplicar al caso concreto. La intervención requería gran precisión y un injerto del tamaño adecuado. Los cirujanos debieron paralizar la intervención hasta obtener un injerto del tamaño requerido, pues atendiendo a los protocolos médicos el desplazamiento llevaba a un daño irreparable.

IV. CONCLUSIONES

Es evidente la trascendencia que en la actualidad está adquiriendo la actividad sanitaria en general y la médica en particular. La ciencia está evolucionando continuamente y junto a esa evolución caminan prácticas y actuaciones que en ocasiones se escapan de lo normal y cotidiano.

Esa relevancia no va acompañada de un marco jurídico de protección, tanto para los profesionales sanitarios como para los pacientes. Es verdad que se están llevando a cabo algunas actuaciones legislativas como la Ley 41/2002, sin embargo, no son suficientes. Sería necesaria una normativa general y específica a la vez que regulase todos los temas relacionados con la sanidad, desde la competencia, el tipo de prestación en el ámbito jurídico pasando por la delimitación de conceptos que son confusos cuando se aplican al ámbito sanitario y muy especialmente la responsabilidad, la naturaleza de la responsabilidad sanitaria, etc.

Asimismo resulta especialmente complicado la aplicación de la *lex artis ad hoc*, partiendo de la base que estamos en un ámbito en el que pueden surgir, y de hecho surgen, muchos imprevistos que hacen que la aplicación de unas técnicas generales y correctas no sean las indicadas a un supuesto concreto.

BIBLIOGRAFÍA

- ASÚA GONZÁLEZ, C., «Responsabilidad médica», en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, 3.^a ed., Aranzadi, 2006.
- LOBATO GÓMEZ, J. M., «Estudio de la distinción entre obligaciones de medios y resultados», en *ADC*, abril-junio, 1992, págs. 651-734.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil*, 3.^a ed., Colex, 2004.

(9) MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Ob. cit.*, «La responsabilidad...», pág. 247.

RESUMEN

RESPONSABILIDAD SANITARIA

Las actuaciones de los profesionales en el campo de la medicina exigen una diligencia especial si se atiende a la naturaleza de la propia actuación. A pesar de ello, no existe un marco jurídico específico que regule el tema, hay que ceñirse a la responsabilidad civil que señala el Código Civil para los profesionales.

ABSTRACT

HEALTHCARE LIABILITY

Professional behaviour in the field of medicine requires special diligence in view of the nature of a medical professional's activities. Even so, there is no specific legal framework to regulate the subject. The civil liability legislation set for professionals in the Civil Code is what must be adhered to.