

EL RÉGIMEN PROBATORIO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.

- La carga de la prueba en la LEC.
- La carga de la prueba en la RC Médica. Doctrina General (LEC)
- El desplazamiento de la carga probatoria: La obligación de resultado y el resultado desproporcionado.
- La prueba en la responsabilidad Objetiva de la Ley de Consumidores y Usuarios.

Fco. Javier Téllez Rico.

1.- INTRODUCCION

Parecería ocioso tratar sobre éste aspecto de la responsabilidad civil médica en el entorno de especialistas en responsabilidad civil, sin embargo su tratamiento adquiere una cierta importancia toda vez que la doctrina del Tribunal Supremo en éste particular se construye de una forma peculiar que se aparta de la tradicional doctrina de inversión de la carga probatoria establecida en relación con la culpa aquiliana, estableciéndose a su vez determinadas excepciones a la doctrina general sentada al respecto.

2.- LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEC.

Derogado el artículo 1.214 del Código Civil, a consecuencia de la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (conforme a su Disposición Derogatoria 2.1º), aquel precepto ha venido a ser sustituido en nuestro ordenamiento por una norma de carácter procesal –ya no sustantiva– que se contiene en el artículo 217 LEC.

Lamentablemente para este estudio no tenemos a disposición el criterio hermenéutico que sobre tal precepto el Tribunal Supremo haya adoptado en orden a la distribución de la carga probatoria.

Sin embargo, la lectura simple del precepto, junto con el estudio de alguna de las sentencias dictadas sobre la cuestión puede aventurarnos a

concluir que sobre éste particular poco han cambiado las cosas, de forma que corresponde al actor la prueba de los hechos constitutivos de su acción y al demandado, la de los hechos impeditivos, así parece sugerirse de la lectura de los n°s 2 y 3 del referido artículo 217 LEC, cuando menos ahora parece claro que lo que ha de ser objeto de prueba son los hechos y no las obligaciones a que se refería el precepto que ha venido a ser sustituido por éste de nuevo cuño, lo que es más correcto.

Sin embargo llama la atención la disposición contenida en el n° 6 del indicado precepto, donde el legislador pone a disposición del juzgador el criterio que deberá seguir en el caso de que algún elemento quede carente de prueba, advirtiendo que aquel deberá tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio.

De esta forma, aún cuando corresponda al actor la prueba de los hechos constitutivos de su acción, si para ello aquella prueba se encuentra a disposición o con mayor facilidad al alcance del demandado, el Juez, caso de no acreditarse el hecho por la ausencia de dicha prueba, tendrá en cuenta que aquella era más fácil aportarla al proceso para el demandado que para el actor y en ello puede residir el fallo de la sentencia que se dicte.

Se introduce con ello un nuevo criterio que servirá para minorar el rigor de la norma frente a posturas desleales o contrarias a la buena fe procesal de la que éste texto hace su columna vertebral a la vista del contenido de su articulado, donde no faltan múltiples referencias a la buena fe procesal, siguiendo el legislador, en éste particular, el mismo principio en base al dictamen que sobre el indicado precepto, en la redacción dada en el Anteproyecto, emitió el CGPJ y que, como se verá es expresión ya acuñada, entre otros, en el enjuiciamiento de la responsabilidad del médico y en relación con la aportación de la Historia Clínica al proceso.

Esta por tanto, es la única novedad –en materia de prueba- que preside el nuevo proceso que se regula a partir de la entrada en vigor de la LEC 1/2000.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RC MÉDICA. DOCTRINA GENERAL.

Como ya se ha anticipado en el enjuiciamiento de la responsabilidad civil médica, el cuerpo de doctrina formado por las sucesivas resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo, se aparta de forma considerable de los parámetros sentados para el enjuiciamiento de los daños causados en otros ámbitos de naturaleza extra contractual, abandonando la inversión de la carga de la prueba cuya tendencia, por razones de solidaridad o justicia social, se inició a partir de la Sentencia de 10.07.1943.

Con el devenir del tiempo y el sucesivo enjuiciamiento de la conducta de los médicos en su actuar profesional el Tribunal Supremo ha acuñado una Doctrina que con carácter general define el contenido de la obligación del médico, así como el régimen de la carga de la prueba y que responde al siguiente concepto tomado, entre otras muchas, de la sentencia de 08.09.1998:

*“Es doctrina constante de ésta Sala...que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una **obligación de resultado**, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia, así como que **en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba**, admitida por ésta Sala para los daños de otro origen, estando por tanto a **cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente**, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo(*lex artis ad hoc*).”*

Dos conclusiones importantes han de extraerse de forma inmediata de la referida Doctrina del Tribunal Supremo. De una parte que en aquellos

supuestos en que no se trate de una obligación de medios, sino de resultado (cirugía satisfactoria), la técnica probatoria no será la establecida en dicha Doctrina General y, de otra parte, que aún cuando se trate del enjuiciamiento de la culpa extracontractual de que trata el artículo 1.902 del C.C., en modo alguno se aplicará la técnica de la inversión de la carga probatoria, expediente que tiende a objetivar la responsabilidad por culpa que se contiene en el mencionado precepto, de forma que será el paciente el que deberá demostrar la existencia de todos y cada uno de los requisitos que se encuentran presentes en el concepto de aquel tipo de responsabilidad para que prospere su acción.

Aquella Doctrina, ha sido objeto de desarrollo por el Tribunal Supremo. Al respecto es muy interesante, por esclarecedor el obiter dicta que se contiene en la Sentencia dictada con fecha 19.02.1998, en su Fundamento de Derecho Tercero y que por su importancia y atinada redacción reproduzco a continuación:

TERCERO: La Sala antes de responder a cada uno de citados motivos reitera su doctrina ya consolidada sobre la responsabilidad médica, contenida, entre otras, en Sentencia de 16-12-97 en que se decía: "Y es que, en sede de responsabilidad médica, conviene verificar las siguientes precisiones ajustadas a una respetuosa hermenéutica de nuestro Derecho Positivo, en relación con la cuestionada carga de la prueba:

1) Que ante todo conflicto tendente a exigir responsabilidad al autor de una conducta o ilícito, la carga de la prueba prevista en el art. 1214 C.c., es inevitable: El actor o perjudicado debe probar la obligación cuyo cumplimiento reclama, y el demandado la extinción de esa obligación por su no incumplimiento; en consecuencia, aquél actor habrá de acreditar no sólo la existencia de la obligación, sino que el obligado no la ha cumplido por no actuar adecuadamente en la observancia de su prestación.

2) Trasladada esa teoría a las clases de responsabilidad contractual como extracontractual -pues en ambas opera- resulta: 1) En la contractual, el acreedor o perjudicado que acciona, deberá acreditar la obligación y características de la prestación -si es de hacer o de dar, si es de medios o de resultado- así como el no cumplimiento porque el deudor no ha actuado bajo la observancia de los deberes de esa prestación (art. 1101 C.c.), al no concurrir la exoneración del "casus" del art. 1105 C.c., mientras que el deudor puede oponer, previa prueba, el pago o cumplimiento. 2) En la Extracontractual, ex art. 1902 C.c., el perjudicado o dañado que acciona, habrá de acreditar no sólo ese daño -es el subrogado de la obligación

precedente- sino la autoría por el demandado de la conducta dañosa, el nexo causal y la voluntariedad de esa autoría por infringirse deberes de prevención o el general "naeminem laedere"; es obvio, que en esta responsabilidad huelga la distinción entre la obligación de medios y de resultado, (antes del "factum" dañoso ni existe un destinatario de la acción ni, menos aún, una concreta prestación, salvo el genérico "alterum non laedere"), más propia del contexto o diseño de la responsabilidad contractual; al autor demandado, le basta con oponerse a la reclamación. Una jurisprudencia y muy clásica -y sin apoyaturas dogmáticas-, por razones de solidaridad o justicia social, viene defendiendo desde la S. 10-7-1943, que en la extracontractual rige el principio de inversión de la carga de la prueba: o sea al perjudicado que accione le basta con acreditar el daño, del que ya, sin más, resultarán los demás presupuestos de la responsabilidad del autor -acción, culpa o infracción deberes y nexo-, salvo prueba de no culpa a cargo de éste o demandado.

3) En la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de Entidad o S.S., tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será al acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o "lex artis ad hoc"; de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales, -entre los que está, sin duda, el de información adecuada-, o sea los "medios para curar" y no el resultado o la curación del paciente, (de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción fisiológica del enfermo), no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico.

4) Por ello, cuando se ubica la responsabilidad del médico en sede extracontractual la jurisprudencia ha sostenido la excepción a referida inversión del "onus probandi" o el seguimiento de que "al actor le incumbe la prueba", con lo que, por este camino, se alcanza igual solución a la de la contractual.

Poco más debo añadir a tan esclarecedora Sentencia, pues entiendo que queda meridianamente claro que tal criterio es de aplicación sólo al médico y demás personal sanitario cuando de una obligación de medios se trate, dejándose fuera de aquella el enjuiciamiento de la responsabilidad de las instituciones sanitarias (responsabilidad sanitaria, como subespecie de la médica), así como la responsabilidad médica en la que el facultativo haya asumido el riesgo del resultado; es decir en aquellos casos en que aquel haya comprometido la obtención de un resultado.

3.- EL DESPLAZAMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA. LA OBLIGACION DE RESULTADO Y EL RESULTADO DESPROPORCIONADO.

Como toda regla general, aquella no lo sería si no tuviera sus excepciones. El Tribunal Supremo en la sentencia antes referida de 19.02.1998, al finalizar el Tercero de sus Fundamentos de Derecho, en el último inciso del último párrafo, concluye aquella exposición con la siguiente admonición:

“...esa doctrina sobre la carga de la prueba, se reitera, se exceptiona en 2 supuestos, amen de cuando el propio Tribunal de Instancia ya lo haya probado: **1º) cuando por la práctica de una intervención quirúrgica reparadora o perfectiva o estética el paciente es cliente, y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico preciso en una especie de "locatio operis" -SS. 25-4-1994 y 11-2-1997-**; y **2º) en aquellos casos en los que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal,** en los términos análogos a los de, entre varias, las SS. 29-7-1994, 2-12-1996 y 21-7-1997, de esta Sala.”

Así pues, dos son las excepciones que se establecen en relación con la regla general que descarta el expediente de la inversión de la carga de la prueba en el enjuiciamiento de la responsabilidad médica; Una, cuando el médico compromete el resultado en su actividad para con el paciente y, Dos, cuando el daño del paciente –el resultado obtenido- es desproporcionado o en aquellos supuestos en que exista falta de diligencia, obstrucción o falta de cooperación por parte del médico en la aportación de los medios probatorios necesarios para el enjuiciamiento del supuesto de hecho sometido a su razonamiento.

Trataremos cada uno de ellos por separado.

OBLIGACION DE RESULTADO.- La obligación de resultado, para decirlo en pocas palabras, -que normalmente se contrae en la medicina privada, aunque no siempre-, tiene una proyección distinta en el tema de la responsabilidad. En estos casos la obligación del médico se concreta en la obtención de un resultado concreto y si éste no se logra, se da incumplimiento y por tanto nace la obligación de reparar el daño consecuente.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha venido estableciendo nítidamente la distinción entre la obligación de medios a que se refiere la Doctrina General en relación con la carga de la prueba, de la obligación de resultados, indicando que en aquel supuesto la naturaleza de la relación del paciente y el médico se ha de encontrar en el arrendamiento de servicios, mientras que en la segunda sin perder dicho carácter de arrendamiento de servicios, este se aproxima al de obra en el que lo importante no es la actividad que se realice, sino el resultado que a través de ella se obtenga.

Muestra de ésta posición doctrinal es la sentencia dictada con fecha 11.02.1997 –en la que se parte de las declaraciones contenidas en la de 25.04.94- que al respecto tuvo ocasión de referir:

“Al efecto conviene tener en cuenta que ya esta Sala por **sentencia de 25 de abril de 1994** se pronunció distinguiendo en un caso semejante de operación de vasectomía, la naturaleza de las obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, cuando se trata de curar o mejorar a un paciente de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente quiere conseguir. Mantiene, en este orden, refiriéndose al primer aspecto, que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, -insuficientes para la curación de determinadas enfermedades-, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, (lo que hace que algunos de ellos, aún resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros) impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado.”

Continúa dicha sentencia, -para establecer nítidamente la distinción referida- indicando en su Fundamento de Derecho Cuarto:

En cuanto al segundo aspecto la meritada sentencia expresa 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, y 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 su 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 utilizar 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 solo, 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 esta 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 precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

En consecuencia, en éstos casos, el establecimiento de la responsabilidad vendrá dada por el resultado que arroje la ecuación entre el acto comprometido y el resultado obtenido, de forma que objetivamente, si el resultado no se ha dado, la responsabilidad con cargo al médico se decretará.

EL RESULTADO DESPROPORCIONADO.- Bajo esta rúbrica, en realidad se esconden dos supuestos distintos, a saber:

- Cuando, comprometida la obligación de medios, el resultado alcanzado en la actuación del médico sea desproporcionado en relación con los riesgos que cabían esperar se pudieran concretar.
- Cuando la obtención de las pruebas para alcanzar un correcto enjuiciamiento haya sido mediatizada por el médico, por su falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación con el Tribunal.

En éstos supuestos, se acude al expediente de la inversión de la carga de la prueba, estableciéndose una presunción de culpa del médico, de forma que corresponderá a éste la prueba de que en su actuar no intervino ningún género de culpa o negligencia. Muestra de ésta doctrina, es la sentencia

dictada el 17 de noviembre de 2.004, que acude a la **técnica del resultado desproporcionado** para resolver el debate planteado, y que en su fundamento de Derecho Quinto, tuvo oportunidad de pronunciarse conforme al siguiente tenor:

Y 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, tesis que está dirigida a paliar la nada fácil situación procesal que se da para determinar la existencia de una responsabilidad médica, y que tuvo como base las siguientes teorías:

a) La adoptada por el sistema judicial francés, consistente en el mecanismo intelectual denominado "la culpa virtual" -faute virtuelle-, y que se basa en el siguiente silogismo: si no se hubiese incurrido en culpa alguna, ningún daño se hubiere producido, por lo que la comprobación del daño hace presumir que hubo culpa. Ya que en el curso ordinario de las cosas, ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado.

b) El sistema seguido ante los Tribunales de Justicia de Alemania denominado "aparición de prueba" -Anscheinsbeweis- como es el determinar que los informes médicos clínicos no deben ser considerados como meros elementos para el uso interno del médico o del hospital, sino como una documentación debida al paciente, ya que los mismos pueden ser de crucial importancia para el éxito de la reclamación de dicho paciente.

c) La utilización de la prueba de presunciones seguido en el sistema judicial italiano, y que parte de la base de premisas que la ciencia médica proporciona en función de datos derivados de la experiencia o de la probabilidad estadística.

d) La valoración por el paciente de la relación de causalidad, en el cual se permite demostrar al paciente con toda certeza que si el médico hubiere actuado de una determinada manera (distinta de aquella en que lo hizo) no se habrían producido el resultado dañoso.

4.- LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Conforme se expuso más arriba, la Doctrina General respecto del enjuiciamiento de la responsabilidad del médico que hubiera contraído una obligación de medios establecía la prohibición de aplicar a dicho enjuiciamiento cualquier clase de responsabilidad más o menos objetiva.

También nos hemos ocupado de las dos grandes excepciones que se presentan a dicha regla general de forma que el cuadro de la prueba en la órbita de la responsabilidad civil médica ha quedado completado conforme al propósito que animaba a quien esto escribe.

Sin embargo no quedaría completo el tratamiento del régimen de la prueba si no nos ocupáramos de la responsabilidad civil de las instituciones sanitarias, como subespecie de la médica y del régimen probatorio que preside su enjuiciamiento y que como se observará es diametralmente opuesto al criterio que conforma la doctrina general de la carga de la prueba en la responsabilidad médica.

El criterio del Tribunal Supremo en aquellos supuestos en que el establecimiento del daño viene presidido por una descoordinación entre distintos especialistas de una misma entidad hospitalaria o de una misma administración o bien como consecuencia de una infección adquirida en el establecimiento sanitario, se concita en los criterios determinantes del establecimiento de la responsabilidad objetiva sancionado en la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, donde únicamente es preciso demostrar la relación de causalidad entre el acto sanitario y el resultado dañoso.

En tal sentido se pronuncia la sentencia de **1 de julio de 1.997**, cuando en el Cuarto de sus Fundamentos de Derecho, establece:

"Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada 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 VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les 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 su régimen" los "servicios sanitarios", conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el Insalud. 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, 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. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomonas aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo, (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. Cuando estos controles de manera no precisada fallan; o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos. **La culpa exclusiva del paciente** -que en el caso no concurre- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son aceptables, y en sus consecuencias ético jurídicas son rechazables. **También**, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva, (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), **el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables** fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, **servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva** al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados."

Como se aprecia, sólo la culpa exclusiva de la víctima y el caso fortuito o fuerza mayor, servirán para exonerar dicha responsabilidad, doctrina que, si reflexionamos, encontramos elevada a rango normativo en el artículo 1º de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos de motor y que, entonces, se aproxima notoriamente, cuando no coincide, con la venida en llamar responsabilidad por riesgo.