

ALFONSO SERRANO GIL
Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil en la UNED

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO ANESTESISTA

Prólogo de
María Fernanda Moretón Sanz

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	9
PRÓLOGO	11
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCIÓN	17

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA ANESTESIA	25
2. LA <i>LEX ARTIS</i> EN EL EJERCICIO DE LA ANESTESIOLOGÍA....	30
2.1. Concepto	34
2.2. <i>Lex artis ad-hoc</i>	35
2.2.1. Consideraciones generales	35
2.3. La determinación de la <i>lex artis</i> : la relevancia de los protocolos médicos	38
2.4. <i>Lex artis</i> y medios personales y materiales.....	40
2.4.1. La importancia de las pruebas preanestésicas y <i>lex artis</i>	41
2.4.2. Discusión sobre la exigibilidad de las pruebas preanestésicas y sus posibles riesgos	42
3. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO.....	45

	Pág.
3.1. Obligaciones de medios y obligaciones de resultados	50
4. NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA	66
4.1. Definición de la especialidad Anestesiología y Reanimación...	66
4.2. La obligación de medios del médico anestesista: su actividad medial.....	68
4.3. La posible calificación como obligación de resultado del médico anestesista: su ulterior recalificación como obligación de medios	76

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS ANESTESISTAS

1. EL CONTRATO DEL MÉDICO: CONCEPTUALIZACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES	81
2. SUJETO PASIVO DE LA RELACIÓN: DENOMINACIÓN	82
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO EN EL ÁMBITO MÉDICO	82
4. TIPOLOGÍA DE CONTRATOS	84
4.1. El contrato de mandato	84
4.1.1. Antecedentes de la figura	85
4.1.2. El contrato de mandato y su inaplicabilidad a la actividad médica	87
4.2. El contrato de arrendamiento de obra y de servicios	90
4.3. El Contrato de trabajo	95
4.4. El Contrato innominado	96
4.5. El Contrato <i>sui generis</i>	98
4.6. El Contrato atípico	99
5. EL CARÁCTER CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ANESTESISTA	100

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CULPA EN ANESTESIOLOGÍA

1. PARTICULARIDADES DEL CONTENIDO DE LA PROFESIÓN ANESTÉSICA	107
1.1. La preanestesia.....	108
1.2. La anestesia	111

	Pág.
1.3. La postanestesia	113
2. LA RESPONSABILIDAD POR CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.....	114
3. LA CULPA MÉDICA	119
3.1. La culpa médica en anestesiología.....	126
3.1.1. El caso de la legislación Argentina. En particular la regulación de la culpa anestesiológica	127
4. LA PRUEBA DE LA CULPA. ANÁLISIS DE LAS DIVERSAS TEORÍAS.....	128
4.1. La teoría del <i>favor probationis</i> o de las cargas probatorias dinámicas	129
4.1.1. La aplicación de la teoría del <i>favor probationis</i> o cargas probatorias dinámicas desde el punto de vista de la jurisprudencia.....	133
4.2. La teoría del daño desproporcionado.....	134
4.2.1. Los primeros antecedentes en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo	139
4.2.2. La Aplicación de la teoría del daño desproporcionado.	145
4.2.3. Cuestiones concretas del acto anestésico en relación con la teoría del daño desproporcionado	148

CAPÍTULO IV

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN ANESTESIOLOGÍA

1. CONSENTIMIENTO INFORMADO COMO ELEMENTO INTEGRANTE DE LA <i>LEX ARTIS</i>	153
1.1. Conceptualización y antecedentes	153
2. PRESUPUESTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.....	167
2.1. El Titular del derecho a la información.....	167
2.1.1. Breve alusión al caso de menor y del enfermo mental	171
2.2. El Responsable de proporcionar la Información al Paciente	172
2.3. La Forma de la Información, del Consentimiento y su Valor <i>ad probationem</i>	175
2.4. El objeto del consentimiento y el contenido de la información	183
2.4.1. La información sobre los riesgos del acto anestésico	186
2.5. Momento en que debe prestarse el consentimiento informado por el paciente	193
2.5.1. Referencia a la legislación autonómica.....	199

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD DEL TRABAJO EN EQUIPO

1. PLANTEAMIENTO GENERAL	205
2. PRINCIPIO DE DIVISIÓN DEL TRABAJO EN EQUIPO	206
2.1. La División Horizontal	213
2.2. La División Vertical	217
3. PRINCIPIO DE CONFIANZA.....	221
3.1. La división horizontal de trabajo: el alcance del principio de confianza	224
3.1.1. Competencias y fases integrantes de la actividad médico-quirúrgica	230
3.1.1.1. La fase preoperatoria.....	232
3.1.1.2. La fase intraoperatoria	237
3.1.1.3. La fase postoperatoria	245
3.2. La división vertical: alcance del principio de confianza	248
4. LA POSIBLE DELEGACIÓN DE FUNCIONES DEL ANESTESISTA EN EL PERSONAL AUXILIAR SANITARIO	251
CONCLUSIONES.....	257
ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS	263
ESPAÑOLAS.....	263
Tribunal Superior de Justicia	263
Tribunal Supremo	264
Tribunal Constitucional	272
Audiencias Provinciales	272
Audiencias Nacionales	274
Tribunal Justicia	274
Juzgado de lo Social	274
EXTRANJERAS.....	274
Argentina	274
Italia.....	275
Corte di cassazione	275
Corti d'appello	275
BIBLIOGRAFÍA.....	277

PRÓLOGO

Tuve la fortuna de conocer personalmente al profesor Alfonso Serrano Gil hace, seguramente, más de veinte años, gracias a un común amigo y también docente; ya en este mismo momento la personalidad del autor de esta obra, revelaba claramente un temperamento positivo, alegre, universitario y atento. Con todo, profesionalmente sería en el Seminario Derecho y Salud, celebrado en Segovia entre los días 5 y 6 de marzo de 1998, donde públicamente ratificó su vocación y capacidad para transmitir los conocimientos científicos más complejos como si se tratase de nociones sencillas, fáciles, cercanas... gracias a su capacidad expositiva arrolladora.

Aquel Curso, dirigido por nuestra querida y respetada profesora Dra. D.^a M.^a Dolores Díaz-Ambrona Bardají, vicerrectora, por aquel entonces, de uno de los ámbitos más complejos de nuestra Universidad, el del Alumnado. Pues bien, los recuerdos de aquel Seminario son imborrables: los participantes, desde la propia directora, sobre la Transexualidad, la profesora Carmen Núñez Muñiz en materia de transplantes de órganos, o el propio teniente fiscal del Tribunal Supremo, D. Francisco Hernández Gil, acerca de la inscripción en el Registro civil de los cambios de sexo. Adicionalmente, contaba con un plantel de psiquiatras, como el controvertido José Cabrera Fornero, acreditando el acierto en la selección temática y de partícipes con una abultada asistencia de profesionales sanitarios, juristas, etc. En definitiva, los relevantes ponentes impartieron sus magistrales conferencias en el Salón de Plenos de la Diputación Provincial de Segovia.

Pues bien, el profesor Serrano Gil, el autor de esta monografía y de otras muchas publicaciones, así como artículos especializados, por ejemplo, en la veterana Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

—fundada en 1925 por D. Jerónimo González Martínez, integrada por la FECYT con Calidad de Revistas Científicas Españolas y cuyo consejero-secretario, D. Francisco Javier Gómez Gállico y su equipo, ha sabido conducirla a las cotas de máxima calidad e impacto—, en el momento de impartir su ponencia, se levantó del solemne butacón de la mesa presidencial, y descendió a la cávea de aquel Salón.

Y allí en el graderío, de pie y con única ficha minúscula sostenida en la mano, aunque lo cierto es que no descendieron sus ojos en momento alguno al breve texto que se adivinaba manuscrito, comenzó su charla, a una hora por cierto, de las que podríamos llamar «imposibles» porque más invitan al sueño que a prestar atención a conferencia, por más ilustre que sea su protagonista.

Pues bien, el profesor Serrano logró desde su primera frase, con un caso resuelto en fechas próximas por el Tribunal Supremo, que la Sala, adormecida, despertase y aplicase de lleno su atención a lo que allí se estaba explicando. Alfonso, con la intuición del conferenciante ilustre que sabe manejar las palabras y conoce aún mejor a la audiencia, aplicó el sistema conocido tiempo después, de «casos» en el denominado Espacio Europeo de Educación Superior. Y en menos de un segundo, consiguió atrapar a los que allí estábamos, incapaces de perder ni uno solo de sus supuestos de hecho, ni las Resoluciones judiciales, ni la sistemática de la charla, técnica, impecable, sistemática... y apasionante.

Y quien habla y se expresa tan bien, escribe mejor. Y eso es lo que el lector tiene entre sus manos. Una monografía de una temática especialmente compleja, transversal y que exige conocimientos jurídicos, sanitarios, procesales... magníficamente sistematizada y mejor redactada. Con claridad, sencillez, sin adornos ni frases redundantes, con la tensión expuesta en su contenido y en las soluciones jurídicas.

Sin duda, el rigor universitario reside en la honradez científica, en la originalidad de la obra y la especialidad temática. Cualidades todas ellas que se aúnan como en la personalidad del autor, en su obra.

Asimismo, resulta preceptivo destacar el papel de la querida subdirectora del Departamento de Derecho civil de la UNED, la profesora Lourdes Tejedor Muñiz y la secretaria docente, la profesora Juana Ruiz Jiménez, que alentaron, apoyaron y cooperaron como magníficas directoras con templados y perseverantes consejos, su total colaboración con el autor de estas líneas. Es de ley destacar ese protagonismo en la conclusión de la obra, sin lugar a dudas, de ambas profesoras titulares de Derecho civil.

Ya en materia, y si descendemos a alguno de los puntos tratados sobre la responsabilidad propia del anestesista, el profesor Serrano sistematiza con nitidez varias fases en el acto médico. Así, en la fase pre-operatoria,

será la utilización y revisión de aparatos técnicos y la preparación y control de la sangre para las posibles transfusiones al paciente.

Apréciase que en la STS de la Sala Segunda, de lo Penal, de 10 de noviembre de 1980, fueron condenados ambos facultativos por las graves lesiones originadas al menor intervenido, debido al uso negligente de una manta eléctrica durante la intervención quirúrgica: «Los médicos por su mayor preparación, experiencia profesional y funciones directivas que de hecho ejercían en la intervención quirúrgica, pudieron perfectamente prevenir —pues conocían los riesgos de la manta— e impedir las lesiones expresadas».

En idéntica Sala, el 13 de noviembre de 1992 por el contrario, sería absuelto el anestesista a la vista del fallo de las instalaciones técnicas del quirófano, por lo que suministró al intervenido protóxido de nitrógeno en lugar de oxígeno, causando lesiones graves a la paciente: «Este acudía al centro hospitalario cuando era llamado para prestar sus servicios como anestesista y actuaba en la confianza de que quienes tenían la obligación de comprobar y vigilar las instalaciones de gas del quirófano cumplirían con su cometido».

Por tanto, como sostiene el autor de la obra, la responsabilidad del anestesista fundada en los principios de división de trabajo y de confianza, permitirá su exención si el buen uso y mantenimiento de los aparatos técnicos es competencia del personal técnico especializado.

La denominada fase intra-operatoria y el poder decisorio del anestesista —en su condición de especialista en narcosis— queda circunscrito a su oposición a la anestesia del paciente si valora como muy elevado el riesgo que implica, no comportando la posibilidad de impedir la realización de la intervención quirúrgica, toda vez que el poder decisorio en este punto es de incumbencia exclusiva del cirujano.

De este modo, afirma que desde el punto de vista jurisdiccional, en la fase post-operatoria las condenas se fundan en la falta de vigilancia. En estos casos, el anestesista será responsable, tanto en los supuestos de omisión de cuidado al dejar solo al paciente —tras la intervención— en la sala de despertar, sin encomendar a nadie su vigilancia, como en la fase de reanimación concluida la operación, ante la falta de vigilancia en el post-operatorio, se produzca un paro cardiorrespiratorio y el anestesista no esté presente. Es el caso ventilado por el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, de 26 de abril de 1994, donde fue condenado por imprudencia temeraria el anestesista, debido a que tras la operación: «La enferma trasladada a un distribuidor —Sala de despertar— existente junto a la puerta de quirófanos, y sin que hubiera recuperado la paciente la conciencia, intervino el anestesista en otra operación y una vez practicada esta, como la enferma seguía en la misma situación, le administró una segunda tanda de fármacos para su reanimación, y como no se con-

siguiera y se apreciara una leve caída de la comisura labial, consultó con el jefe del Servicio de Anestesia y tras examinar a la paciente, se llamó al médico de guardia de la UCI quien afirmó que se encontraba en estado de coma, disponiendo su inmediato traslado a la UCI donde evolucionó lentamente hacia un estado de vida meramente vegetativa, presentando una encefalopatía difusa severa producida por hipoxia de origen anestésico o post-anestésico con motivo de la intervención quirúrgica antes referida, que le mantiene en un estado neurológico de desanimación sin recuperación de la conciencia, de carácter irreversible».

El TS afirmó que «la enferma permaneció durante más de una hora en el distribuidor del quirófano sin recuperar la conciencia y que durante el tiempo que duró la siguiente operación —aproximadamente media hora— no estuvo permanentemente vigilada ni controlada por el anestesista ni por ningún otro facultativo». Y, razonó que «el comportamiento del médico anestesista no se correspondió con la diligencia que le imponía el más riguroso cumplimiento de su deber de vigilancia y cuidado de la enferma en el post-operatorio, ya que en todo caso no actuó con toda la diligencia necesaria, una vez pasado el tiempo prudencial sin que la enferma despertase».

En fin, baste estos prenotandos para destacar la calidad, profundidad y novedad del tratamiento de la actividad del anestesista y la responsabilidad en que puede incurrir.

En resumidas cuentas, tanto por la persona del profesor Serrano, como por quienes le han acompañado en esta aventura científica, son profesoras todas en este caso, de una elevada categoría humana, y de un incuestionable sentido de «Universidad».

Prologar esta monografía constituye para mí una incuestionable satisfacción no tanto por firmar estas líneas, sino por tener el honor de mencionar a buena parte de sus partícipes, si bien por razones de espacio incurro en alguna omisión cuya identidad para quien conozca a este equipo, es de sobra conocido.

Y si como prologuista se me concede este honor, no querría concluir estas líneas sin mencionar a la familia del profesor Serrano Gil. El día que su brillante hija defendía su aún más luminosa tesis doctoral, acompañada por su inteligente hermano y la orgullosa madre y esposa... sentada en un banco de la Facultad de Farmacia destacaba la presencia de una mujer menuda, dulce, sonriente, amable y feliz. Era la madre de Alfonso. Y así con la familia al completo, a veces, la vida nos concede la dicha de participar en momentos únicos e irrepetibles.

En Madrid, a 8 de marzo de 2017.

M.^a Fernanda MORETÓN SANZ
Profesora Titular de Derecho Civil UNED

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas hemos asistido a un profundo desarrollo cuantitativo y cualitativo en la actuación profesional del anestesista, no solo en España, sino en todos los países de nuestro entorno cultural. En efecto, la especialidad en anestesia ha pasado de ser realizada por enfermeros o estudiantes bajo la estricta vigilancia del cirujano, o incluso por este mismo, quien en todo caso asumía la responsabilidad que pudiera derivarse de cualquier accidente anestésico, a ser realizado por el anestesista, conformándose en los últimos años como una auténtica especialidad médica, que engloba un conjunto de conocimientos científicos y de técnicas propias, en virtud de los cuales el médico anestesista está plenamente capacitado para que sean de su competencia diversos quehaceres y cometidos, tales como aplicar y emplear métodos y técnicas necesarias para hacer al paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, exploraciones diagnósticos, partos y (para), finalmente, reanimar a aquellos pacientes cuyas funciones vitales se vean gravemente desequilibradas.

Al analizar un campo tan complejo como es el de la responsabilidad civil del médico, y en especial la del médico-anestesista, hay que decir, aun lamentándolo mucho, que se detecta de una forma evidente una gran inseguridad y falta de certeza de estos profesionales ante los problemas jurídicos que el ejercicio de su profesión les plantea cotidianamente.

Actualmente, pese a que todo ha cambiado, y las mutaciones sociales son positivas, el ciudadano cada vez se muestra más crítico frente a pilares de la sociedad como son la justicia, la educación, la sanidad, etc. Hoy se habla de la rebelión de los pacientes. De alguna

forma todos hemos contribuido a ello por no clarificar a tiempo y en debida forma los problemas, que desgraciada y ciertamente pueden acabar por suceder.

Nos encontramos ante un círculo vicioso, los avances médicos son espectaculares, y en especial en el campo de la anestesiología. Como consecuencia, el ciudadano llega a pensar que está en presencia de una ciencia y unos profesionales que todo lo pueden curar, que en nada pueden fracasar aunque, por desgracia, no es así. Entre otras cosas, porque la muerte siempre acaba haciéndose presente. Junto a lo anterior, tampoco es admisible que detrás de cada acto médico o quirúrgico esté preparada la reacción del ordenamiento jurídico para exigir responsabilidades. De tal suerte que se genera una falsa apariencia, en virtud de la cual pareciera que con el mero pago de una cantidad por la prestación de los servicios a los médicos (con implícita satisfacción del requisito del art. 1.124 CC, que faculta a exigir a la otra parte), se generase *ipso iure* a favor del paciente una doble vía disyuntiva de satisfacción. Por un lado, la deseable expectativa de que la prestación del servicio se lleve a cabo con normalidad y derive en la curación (caso del médico) o, en el caso del anestesta, la paliación del sufrimiento gracias a la intervención efectuada en el paciente. Y, por el otro, automáticamente, si no se verificase la primera, es decir, la curación de un hipotético derecho a ser resarcidos por no haber obtenido el resultado esperado. Como tendremos ocasión de analizar ulteriormente, esa pretendida objetivación de la culpa no es aceptable, ya que lo cierto es que el ejercicio de la profesión, así como el sometimiento a intervenciones quirúrgicas, conlleva necesariamente un factor de riesgo que ha de ser, necesariamente, asumido de manera consciente por el paciente. El instrumento jurídico, al que tendremos ocasión de referirnos en el momento oportuno, que permite conjugar los intereses de ambas partes y ofrecer un deseable respaldo de seguridad jurídica, es el consentimiento informado.

Habida cuenta de estas consideraciones, el objeto del derecho debe ser el de mostrar a los sanitarios el camino a seguir, pero, a su vez, los sanitarios deben denunciar aquellos obstáculos jurídicos que impiden el correcto ejercicio de su profesión. Ciertamente, el derecho y la medicina son dos ciencias obligadas a entenderse. Por esta razón, nace el propósito de realizar un trabajo de la naturaleza del que nos ocupa, y que debe estar presidido por la idea de establecer unas pautas mínimas que permitan al sanitario ejercer su profesión con ciertas dosis de seguridad, y a la vez poner de manifiesto aquellas trabas legales que impiden el normal desarrollo de la misma.

En otro orden de cosas, si bien el análisis de la responsabilidad del médico ha sido tradicionalmente objeto de estudio tanto por parte de los penalistas, como civilistas, también los administrativistas tienen mucho que decir. En este momento el orden jurisdiccional contencioso-

administrativo ha adquirido la mayor relevancia en la materia que nos ocupa, habida cuenta que, tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), y concretamente del art. 9.1 establece que las demandas que se deduzcan contra sujetos privados pertenecientes a la Sanidad Pública, deberá conocerlas la jurisdicción contenciosa. En consecuencia, los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad en el seno de la sanidad pública, deberán ser demandados ante la jurisdicción contenciosa, cuando, a su vez, junto a ellos, se deduzca demanda también contra institución pública en cuyo seno ejerzan su actividad. Surge por tanto una dificultad añadida en esta materia, pues nos encontramos con la hipotética existencia de la responsabilidad civil regulada en el Código Civil (en adelante CC) con la denominada «Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública Sanitaria», con un régimen jurídico y tratamiento muy diferentes. En el presente trabajo hemos querido centrarnos solo en el estudio de la responsabilidad civil, dejando para otro momento el estudio de la construcción objetiva de la responsabilidad patrimonial de la administración cuando actúa como prestataria del Servicio público sanitario. No obstante lo anterior, sí hemos considerado oportuno e interesante analizar la jurisprudencia emanada de los tribunales de lo contencioso, a los efectos de dar una visión más amplia de la responsabilidad del médico-anestésista, en lo concerniente a la naturaleza de la obligación del mismo, consentimiento informado, funciones [...].

El desarrollo de la presente investigación, que culmina con las conclusiones recogidas en la parte final de este trabajo, se estructura en cinco capítulos.

En el primer capítulo, se efectúa una breve reseña histórica, y decimos breve ya que, como se justifica, la aparición de la figura del médico anestésista, como especialidad médica, se regula muy recientemente. En efecto, al contrario de lo que ocurre con el médico y el cirujano, incluso las matronas, donde encontramos antecedentes y una cierta regulación jurídica tanto en el Derecho romano como en Grecia, la figura del médico que empieza a utilizar la anestesia como herramienta de trabajo no aparece hasta mediados del siglo XIX. Ciertamente la introducción de la anestesia en el campo de la medicina, y fundamentalmente en la práctica de la cirugía, significó uno de los avances más notables de la ciencia médica y, por tanto, una extraordinaria aportación para la promoción y recuperación de la salud del ser humano. Resulta paradójico que una especialidad que no tiene por objeto la curación del paciente, ha sido esencial para el avance de otras especialidades médicas, en particular la cirugía. Esta circunstancia se pone de manifiesto en el hecho de que la cirugía norteamericana superó a la europea, como consecuencia de haber inventado e introducido primero la anestesia general en el acto quirúrgico.

Por otro lado, se aborda el estudio de la *lex artis ad hoc*, es decir, en el ámbito de la actividad del médico anestesista.

Pasando con posterioridad al análisis de la naturaleza jurídica de obligación de dicho profesional, hemos intentado en este capítulo, que nos parece el de mayor envergadura, determinar a la luz de la doctrina tanto patria como foránea y de jurisprudencia más reciente, la obligación que el médico anestesista contrae con el paciente. En este sentido, la línea jurisprudencial marcada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 30 de junio de 2009, parece zanjar la inveterada discusión entre obligación de medios o de resultado, decantándose claramente por la obligación de medios, incluso en aquellas especialidades médicas denominadas no curativas o satisfativas, tales como la cirugía estética. Nuestra opinión vertida a lo largo de este trabajo está claramente a favor de considerar la obligación del médico-anestesista como de medios, ya que, en el acto anestésico, concurre siempre el elemento aleatorio o *aleas*. Con ello, se introduce en la ejecución de la prestación un punto de incertidumbre que es imposible de superar en todo caso, puesto que está más allá de cuanto puede exigírsele no solo al médico-anestesista en la impoluta praxis de su especialidad, sino también al estado actual de la ciencia médica. Esto a su vez implica que el profesional será responsable de demostrar que en todo momento prestó la debida diligencia que le sea exigible de acuerdo a la *lex artis* de su profesión, sobre la que tendremos ocasión de ahondar en su debido momento. El resultado de estas consideraciones, como veremos, será que el médico-anestesista no puede garantizar el resultado apetecido.

En el segundo capítulo se analiza la compleja relación contractual entre el anestesista y el paciente. En el campo de la práctica de la anestesia, se suscitan situaciones muy diversas dentro de la contratación cómo, quién y qué se contrata. En este sentido, hay que señalar desde ahora, que la contratación se produce normalmente solo entre el cirujano y el paciente. En esta tesitura, por otra parte muy habitual en la práctica, lo que suele ocurrir es que será el primero quien además aporte al equipo que habrá de practicar la intervención al especialista médico-anestesista. Esto provoca una yuxtaposición de responsabilidades diversas, que ha sido en numerosas ocasiones admitida por la jurisprudencia. Ya que, por el contrario, la contratación directa por parte del paciente al anestesista es menos habitual, pero su incidencia en la atribución de responsabilidades puede resultar determinante, para ello analizaremos casos concretos, toda vez que, recordemos, el cirujano ejerce unas ciertas funciones de dirección en el transcurso de la intervención.

La relación contractual médico-paciente ha sido una cuestión analizada y debatida profusamente por la doctrina científica. Nosotros por ahora solo queremos poner de manifiesto que una cosa parece clara: el

encuadre en la tipología contractual es, normalmente, el resultado de la propia naturaleza de la obligación, de la que es tributario el médico. Si la naturaleza de su obligación es de medios, estaremos en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios, y si es de resultado ante un contrato de obra. La manifestación práctica de esta dicotomía puede observarse en la distinción que debe apreciarse entre medicina curativa y medicina satisfativa, con las consecuencias que ya pueden otearse en el horizonte.

Con todo, y ante una situación en la que nuestro CC no regula de forma específica el contrato de servicios médicos, por lo que cabe incluso la posibilidad de recurrir a contratos atípicos para encuadrar la relación contractual médico-paciente. En este sentido, y en lo que al anestesista se refiere, se han llegado a formular, como veremos, teorías un tanto alambicadas al considerar que cuando sobre todo en los primeros tiempos es el cirujano el que contrata directamente con el paciente, se produce una relación triangular, donde el anestesista actúa por mandato del cirujano, a la vez que, la relación con el paciente es extracontractual. Con todo, lo anterior es el resultado del esfuerzo doctrinal por dar respuesta al problema contractual en un momento histórico, donde el anestesista, sobre todo en Francia, era considerado un auxiliar del cirujano. Esta situación actual se ha superado claramente en todos los países de nuestro orden cultural, donde al médico-anestesista se le considera un especialista que actúa en plano de igualdad al del cirujano.

En definitiva, tras nuestro trabajo de investigación, teniendo en cuenta que la obligación que asume el anestesista es, con carácter general, de medios, defendemos que el contrato más acorde resulta ser el de arrendamiento de servicios.

Por lo que respecta al tercer capítulo, se analizan y desarrollan los elementos que integran la responsabilidad civil en el ejercicio de la anestesia. Para la comprensión totalizadora de esta cuestión, resulta imprescindible partir del hecho indubitado que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad del paciente, y como tal es ajeno a la propia dolencia originadora de la intervención quirúrgica [STS de 20 de enero de 2011]. En efecto, la jurisprudencia nos muestra una variedad de supuestos en los cuales la dolencia era de escasa entidad (por ejemplo, operación de amígdalas, cirugía estética, [...]) y por efecto de la anestesia se produce un daño grave a la salud del paciente. Ante esta respuesta, es comprensible que el paciente o sus familiares no se resignen a aceptar el daño sufrido. Se colige de lo anterior que la litigiosidad adquiere un nivel relevante. Además, dada la naturaleza normalmente grave de las lesiones que se derivan de un accidente anestésico, los montantes económicos en que orbitan este tipo de reclamaciones no son nada desdeñables, lo que sin duda juega a su vez un importante rol incentivador de las reclamaciones o, cuanto

menos, despliega efectos de notable alcance a la hora de analizar los pros y contras de iniciar acciones judiciales.

No obstante lo anterior, defendemos la tesis de que la actividad de la anestesia no es una práctica de riesgo, sino que el riesgo es inherente a la actividad. Esto nos conduce a establecer un sistema subjetivo de culpa y por consiguiente se descarta en la actividad del anestesista la aplicación de un sistema objetivo de responsabilidad.

Todo ello tiene una consecuencia práctica de carácter jurídico procesal. En efecto, no resultan de aplicación en la determinación de la responsabilidad del anestesista, diversos mecanismos tales como la teoría de la facilidad probatoria, con efecto análogo a la inversión de la carga de la prueba o la teoría del daño desproporcionado que lleva aparejada la presunción de culpa que obliga al profesional a tener que probar que el daño irrogado es ajeno a la actuación.

En el cuarto capítulo se estudiará todo lo concerniente al consentimiento informado. La jurisprudencia es cada vez más exigente en cuanto a que la información y posterior consentimiento del paciente se lleve a cabo de forma correcta. La ausencia o inadecuada información puede abocar a la responsabilidad del profesional por aplicación de la teoría de la facilidad probatoria que enlaza con la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Ciertamente, una inadecuada información en la fase de pre-anestesia puede tener una gran trascendencia en la toma de decisiones por parte del paciente. A pesar de que a la práctica en anestesia se la ha venido en denominar, por ciertos autores, como la *ESPECIALIDAD ANÓNIMA*, pues es verdad que el paciente siempre recuerda el nombre del cirujano que le operó y rara vez el del anestesista. Ello no implica que el anestesista esté exento de la obligación de informar. Justo lo contrario. En la fase de pre-anestesia la información puede tener una gran trascendencia en la toma de decisiones del paciente. De ahí que en este punto la obtención de consentimiento informado se configure como una auténtica obligación de resultado, pues es ajena al componente aleatorio que sí está inexorablemente presente en subsiguientes fases de la actuación del anestesista.

En el quinto y último capítulo resultaba obligado estudiar la responsabilidad derivada del trabajo en equipo. El desempeño de la actividad profesional del anestesista se realiza en el seno de un equipo médico, con mayor frecuencia en el equipo quirúrgico. Para un análisis completo de la responsabilidad del trabajo en equipo ha sido ineludible estudiar las aportaciones que sobre el particular ha realizado la doctrina penalista, ya que la misma ha prestado una mayor atención a esta cuestión.

En definitiva, la línea de investigación se ha basado en trazar unos criterios que permitan establecer con nitidez la responsabilidad de aquel miembro del equipo que realmente sea autor del daño, evitando, con ello, de una parte, que el paciente quede desprotegido al tratarse de una actuación conjunta, y de otra, preservar al profesional que en todo momento ha ajustado su deber de cuidado a la *lex artis*.

Alpera (Albacete)

Mayo de 2016

Festividad de la Santa Cruz

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y NATURALEZA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO ANESTESISTA

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA Y EVOLUCIÓN DE LA PRÁCTICA DE LA ANESTESIA

La aparición de la especialidad de la anestesiología y reanimación es muy reciente. En Francia, data de 1945¹. En Italia, se establece mediante la Ley 683/1954², y en España desde la Ley de 20 de julio de 1955 sobre enseñanzas, títulos y ejercicio de las especialidades médicas³. Desde el punto de vista docente las cátedras de anestesiología se crean en las facultades de medicina con la entrada en vigor de la ley de reforma universitaria⁴.

Sin embargo, y pese al reconocimiento reciente de esta especialidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia, al menos en el aspecto de la responsabilidad civil, se habían ocupado de ella, sobre todo al estudiar la responsabilidad derivada del trabajo de equipo⁵.

No hemos encontrado ningún antecedente de esta figura ni en Grecia ni en el Derecho romano. Incluso, en este último, se deduce del

¹ Vid. R. SAVATIER, *L'evolution de la responsabilité du médecin anesthésiste*, Paris, Cabiers Laënc, 1969, p. 53.

² Vid. P. TRIMARCHI, *Rischio e reponsabilita oggettiva*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 127.

³ Ley de 20 de julio de 1955 sobre Enseñanza, título y ejercicio de las Especialidades Médicas. [BOE núm. 202, de 21 de julio de 1955, pp. 4440 a 4442].

⁴ Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. [BOE núm. 209, de 1 de septiembre de 1983, pp. 24034 a 24042].

⁵ Vid. J. M.^a FERNÁNDEZ HIERRO, «Estudios sobre la responsabilidad médica», *Revista de la Universidad de Deusto*, 1983, 2.^a época, vol. 31 (1), p. 136.

texto atribuido a Celso, que la analgesia no era utilizada en cirugía, pues refiere dicho autor que los cirujanos «deben tener una mente resuelta y sin piedad [...] no cortar de menos [...] sin que le afecten para nada los gritos de los pacientes [...]»⁶. Es cierto que desde tiempos remotos han existido diversas formas de aliviar el dolor, así todas las civilizaciones utilizaron con tal fin sustancias como el cáñamo indiano, la mandrágora, el beleño [...]. Pero ninguna puede compararse con los primeros anestésicos como el gas hilarante utilizado por primera vez por el dentista americano Horacio Wells en 1840⁷.

Como acertadamente afirma LAÍN ENTRALGO⁸ con la finura intelectual que le caracterizaba, la más importante hazaña técnica de la cirugía fue la definitiva introducción de la anestesia quirúrgica. La operación sin dolor fue siempre un ideal de los cirujanos. Con la introducción de la anestesia se pasó de una cirugía conservadora a otra restauradora y funcional. Junto con lo anterior, en opinión de GLASSCHETB⁹, hasta el descubrimiento de la narcosis y la dominación de las hemorragias mediante ligaduras de vasos, pesaba sobre la cirugía una maldición hereditaria.

Tras esta breve reseña de la era médica que podríamos llamar «proto-anestésica», y antes de pasar a revisar los verdaderos anales de la ciencia anestésica, convendría detenernos brevemente en extraer etimológicamente la génesis del término para identificar con exactitud el sentido que guarda. Así pues, a día de hoy la anestesia se encuentra definida por la Real Academia Española de la lengua como la «falta o privación general o parcial de la sensibilidad, ya por efecto de un padecimiento, ya artificialmente producida». A este respecto, conviene recordar que el término tiene sus orígenes en las voces griegas *aisthesis*, equivalente a sentido, y el prefijo *an*, privativo. Así era utilizado por PLATÓN y DIOSCÓRIDES para referirse al efecto de la mandrágora al anular la sensación dolorosa¹⁰. Pero lo cierto es que, aunque etimológicamente la definición de la Real Academia Española (en adelante RAE) respete perfectamente los vocablos griegos de los que trae origen, el concepto científico y jurídico que manejaremos a lo largo de este estudio no tiene cabida en tal definición. Ello es debido a que, como ya hemos puntualizado anteriormente, en este mismo epígrafe hemos fijado como

⁶ Vid. M. J. GARCÍA GARRIDO, *Casos prácticos de Derecho romano*, Madrid, Ediciones Académicas, 2010, p. 24.

⁷ Vid. J. HAYWARD, *Historia de la medicina*, traducción de Carlos Torres, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 230.

⁸ P. LAÍN ENTRALGO, *Historia de la medicina moderna y contemporánea*, Madrid, Científico-Médica, 1963, pp. 457 y 458.

⁹ H. S. GLASSCHEIB, *El laberinto de la medicina: Errores y triunfos de la terapéutica*, traducción de Emilio Donato Prunera, Barcelona, Destino, 1970, p. 119.

¹⁰ Vid. F. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Generalidades de la práctica de la anestesia y farmacología de los anestésicos de uso corriente*, Oviedo, Richard Grandio, 1976, p. 90.

hito histórico el momento en que tal «privación general o parcial de la sensibilidad» que menciona la RAE deja de ser obtenida producto del padecimiento, sino que su consecución se obtiene a través de medios químicos artificiales y específicos, diseñados para tal objeto, y puestos en práctica con una concreta finalidad: la de favorecer la intervención quirúrgica.

Esta sucinta exégesis ya deja traslucir dos circunstancias destinadas a desplegar efectos de especial relevancia. La primera de ellas, que anestesiología y cirugía son dos especialidades destinadas a coexistir, una junto a la otra, sin que ello sea óbice para su independencia técnica, pues ambas pueden ejercitarse autónomamente sin la presencia de la otra.

La segunda, la existencia de una cierta subordinación funcional de esta sobre aquella porque, recordemos, el hito de la anestesiología como especialidad viene marcada por un obvio componente auxiliar de la cirugía, a la cual sirve al objeto de mejorar su alcance y resultados, permitiendo la práctica de cuantas maniobras precise el cirujano sin la oposición del paciente.

Estas dos circunstancias, como adelantamos, tienen dos clarísimas consecuencias. La primera de ellas, que se trata de dos disciplinas obviamente bien distintas, y por tanto no debieran confundirse los cometidos y responsabilidades de unos y otros, si bien en una primera etapa, de acuerdo a MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ¹¹, en ocasiones el propio cirujano es quien llevaba a cabo directamente la anestesia. La segunda, que ese carácter auxiliar conllevará durante décadas que en la práctica la anestesiología se subsuma dentro de la preeminente figura del cirujano (circunstancia que en parte se sigue reproduciendo a día de hoy) y, erróneamente, bajo su responsabilidad.

Así, durante largo tiempo, desde los precedentes mencionados hasta el último cuarto del siglo XX, nos encontraremos que el desempeño de la anestesiología se entendió como una especialidad menor, y que la actuación del profesional anestesiólogo (sobre todo ante un accidente anestésico) se solapaba dentro de la responsabilidad del cirujano, como cabeza visible de la intervención quirúrgica. Esta circunstancia ha sido muy visible tanto en Francia como posteriormente en España, y en general en los países de nuestro entorno cultural. En Francia se producía el fenómeno de que en general era el cirujano quien asumía la responsabilidad por los hechos dañosos derivados del acto anestésico (responsabilidad civil indirecta). No obstante lo anterior, Francia fue a

¹¹ J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo» *AP*, 1994, 1, p. 284.

su vez pionera a la hora de deslindar la responsabilidad de cada miembro del equipo. Probablemente, el giro de la doctrina jurisprudencial francesa se produce a raíz de la sentencia de 5 de mayo de 1971 de la Cour de Montpellier en el denominado «caso Sarrazín»¹², donde el Tribunal declara: «que los actos del anestesta son de su sola responsabilidad y entran dentro de su propia competencia»¹³. La vigilancia del estado cardiovascular del paciente compete exclusivamente al anestesta. Esta Sentencia fue confirmada por la Cour de Cassation el 22 de enero de 1972, afirmando que el cirujano no era responsable de los actos del anestesta, al no existir relación de subordinación entre ambos profesionales.

También en Italia se produce un fenómeno similar. Hasta la publicación de la Ley 653/1954¹⁴, que establece la especialidad de anesthesiología y reanimación, al anestesta se le consideraba un auxiliar del cirujano. Con la creación de la especialidad, el anestesta asume personalmente toda la responsabilidad relacionada con el tratamiento anestésico.

En nuestro país se constata el mismo fenómeno. En efecto, de un estudio realizado por MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ¹⁵, se destaca que la primera sentencia de condena a un médico anestesta se produce el 26 de junio de 1980, por parte de la Sala Segunda del TS. Este dato contrasta con que la primera condena a un médico cirujano se produce el 27 de enero de 1875. Nos encontramos, por tanto, que transcurren ciento cinco años entre una y otra. En cuanto a la pura y exclusiva responsabilidad civil, el TS (Sala Primera) conoció por primera vez de la responsabilidad del médico en la sentencia de 21 de marzo de 1950. Mientras que no es hasta el 7 de junio de 1988 cuando se aprecia por primera vez la responsabilidad civil del médico-anestesta.

En el ámbito de las competencias que asume el anestesta, se observa, también, una evolución cualitativa y cuantitativa de su actividad, lo que ha propiciado que se consolide como una especialidad compleja y autónoma, no solo por el caudal de conocimiento que precisa su ejercicio, sino por la constante vigilia y tensión a que están sometidos durante una jornada laboral estos profesionales¹⁶.

¹² Vid. R. SAVATIER, J.-M. AUBY y H. PEQUIGNOT, *Jurisclasseur de la Responsabilité civile et des assurances*, IV, Fasc. XXX, C, núm. 102, p. 2.

¹³ Así se desprende de la Cour Montpellier, de 5 de mayo de 1971, *Gaceta Palloz*, 1972.

¹⁴ Vid. P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilita...*, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

¹⁵ J. M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *La responsabilidad civil y penal del anestesta*, Granada, Comares, 1995, pp. 19 y 20.

¹⁶ Vid. J. C. GALÁN CORTÉS, «Consideraciones en torno a la responsabilidad civil del médico anestesta», *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 1, 1995, p. 5.