

El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario^{*}

ESTHER GÓMEZ CALLE

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *La relación entre el paciente y quien le procura la asistencia sanitaria: supuestos:* 2.1. Supuestos de asistencia espontánea en los que falta cualquier contrato. 2.2. Supuestos de contrato entre paciente y médico. 2.3. Supuestos en que media contrato entre el paciente y la institución que le procura la asistencia médica: 2.3.1. Contrato entre paciente y centro médico; 2.3.2. La prestación de asistencia a través de un seguro médico. 2.4. Relación de afiliación a la Seguridad Social.—III. *Trascendencia práctica de la distinción entre los supuestos de responsabilidad contractual y los de responsabilidad extracontractual.*—IV. *Criterios de imputación de responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario. En particular, la virtualidad de la culpa como criterio de imputación:* 4.1. La responsabilidad del titular del centro sanitario: 4.1.1. Responsabilidad patrimonial de la Administración; 4.1.2. Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos propios; 4.1.3. Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos ajenos. 4.2. La responsabilidad del profesional sanitario conforme al Código Civil: 4.2.1. La doctrina tradicional del Tribunal Supremo; 4.2.2. En particular, sobre la responsabilidad civil contractual; 4.2.3. La responsabilidad civil extracontractual y los síntomas de objetivación apreciables en la jurisprudencia. 4.3. Responsabilidad objetiva *ex LGDCU*. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la jurisprudencia es común la afirmación de que la responsabilidad del personal médico-sanitario, sea del tipo que sea (contractual o extracontractual), ha de fundamentarse en un reproche culpabilístico, subrayándose cómo en la práctica de la Medicina confluyen demasiados elementos aleatorios como para que en su ámbito pueda consagrarse una responsabilidad objetiva; una responsabilidad de este carácter, se dice, vendría a lastrar enormemente la labor de los médicos y demás

^{*} Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación PB95-0194 sobre «Responsabilidad de los profesionales», dirigido por el Catedrático de Derecho Civil Dr. D. José María Miquel González, y concedido por la Resolución de la Dirección General de Investigación Científica y Técnica, de 11 de octubre de 1996.

personal sanitario y, en último término, perjudicaría a los pacientes al determinar la práctica de una medicina defensiva ¹. No obstante este planteamiento teórico, lo cierto es que en la práctica de los últimos años cabe apreciar ciertos síntomas de objetivación en la responsabilidad del mencionado personal. De otra parte, éste no suele trabajar aisladamente, sino que con frecuencia su actividad aparece vinculada a un centro asistencial, sea público o privado, cuya responsabilidad también se pone en tela de juicio cuando del servicio que prestan se derivan resultados dañosos; pues bien, puede decirse que el carácter objetivo de la responsabilidad del titular del centro se admite con mayor facilidad que respecto de los profesionales sanitarios: en ocasiones, cuando de centros de titularidad pública se trata, porque se invoca la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, y en otras porque, a partir de la consideración del titular del centro como empresario, se le aplica la conocida tendencia objetivadora desarrollada a propósito del artículo 1903.IV del Código Civil.

La reciente admisión por parte del TS, en varias sentencias pronunciadas en los años 1997 y 1998, de la aplicabilidad de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU) y, en particular, del régimen de responsabilidad sin culpa previsto en su artículo 28, a los servicios sanitarios (incluidos expresamente en su párrafo segundo), es un buen motivo para que nos planteemos si en la práctica algo ha cambiado en cuanto al fundamento de la responsabilidad civil de los centros sanitarios y, sobre todo, del personal médico-sanitario.

Para analizar el tema hemos de partir de la determinación de la normativa aplicable, según cuál sea la responsabilidad que se pretenda hacer valer en cada caso. Así, y sin entrar por el momento en el tema de la aplicabilidad de la LGDCU, conviene empezar distinguiendo los casos en que la causación del daño es consecuencia del funcionamiento del servicio público de asistencia sanitaria de aquéllos otros en que lo es de la asistencia sanitaria privada. Si nos centramos, como pretendemos en este estudio, en los supuestos dañosos no constitutivos de ilícito penal ², en la primera hipótesis será de aplicación el régimen de respon-

¹ En este sentido señala la STS 7 de febrero de 1990 [las sentencias del Supremo respecto de las cuales no indiquemos la Sala de que proceden son de la Sala 1.ª]: «la exigencia de una responsabilidad objetiva en el actuar médico, y concretamente en las intervenciones quirúrgicas, es decir el responsabilizarle como consecuencia de su simple actuar profesional, sin consideración alguna de si su actuar fue correcto por plena y absoluta adaptación a los medios de curación posibles a emplear, tanto supondría el cercenar su actuar, pues que lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente..., el resultado favorable al paciente no llegara a obtenerse».

² Por tanto, no vamos a analizar aquí el régimen de la comúnmente denominada responsabilidad civil «derivada de delito», contenido en el Código Penal (arts. 109 y ss., en especial los artículos 116 –responsabilidad civil directa del responsable criminalmente–, art. 120 –conforme al cual cabría exigir a los titulares de los centros sanitarios privados una responsabilidad objetiva y subsidiaria, cuando concurran los presupuestos de la norma, por las consecuencias dañosas de los delitos y faltas de sus empleados– y art. 121 –que con-

sabilidad patrimonial de la Administración previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPA), mientras que en la segunda hipótesis entrarán en juego los regímenes de responsabilidad civil, contractual o extracontractual según los casos, contenidos en el Código Civil; no obstante, ya aquí hay que indicar que en la práctica se recurre sistemáticamente a la normativa del Código Civil aun en los supuestos de daños fruto de la asistencia sanitaria pública, en detrimento de la citada normativa administrativa. Lo primero que a continuación hemos de analizar es el tipo de relación que puede vincular al paciente con quien le presta asistencia, para deducir de ahí el régimen de responsabilidad aplicable.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL PACIENTE Y QUIEN LE PROCURA LA ASISTENCIA SANITARIA: SUPUESTOS

La atención médica puede prestarse dentro o fuera del marco de una relación contractual o afín entre el paciente y quien le atiende; a su vez, cuando existe una relación de ese tipo, el paciente aparece vinculado con muy diversas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas (uno o varios facultativos, un centro hospitalario, una sociedad médica, la Seguridad Social). A continuación tratamos de ordenar los supuestos que pueden darse en la práctica.

2.1 SUPUESTOS DE ASISTENCIA ESPONTÁNEA EN LOS QUE FALTA CUALQUIER CONTRATO

Nos referimos aquí a la hipótesis, poco frecuente en la práctica, de asistencia prestada espontáneamente y sin la autorización pero también sin la oposición del enfermo, por un facultativo que obra por razones humanitarias en un caso de urgencia que requiere de su intervención, fuera del marco habitual de la consulta o del centro en que presta sus servicios (por ejemplo, atiende a una persona que ha perdido el conocimiento por haber sufrido un accidente en la misma calle por la que él pasaba de manera casual).

Con frecuencia, la responsabilidad médica basada en el régimen del Código Civil se ordena atendiendo únicamente a los moldes contractual y extracontractual³; este planteamiento obligaría, en principio, a cali-

sagra la responsabilidad civil, objetiva y subsidiaria, de la Administración por los daños resultado de los delitos cometidos por sus funcionarios y contratados cuando la lesión sea consecuencia del funcionamiento del servicio público que tuvieran confiado).

³ Así, por ejemplo, la STS 22 de abril de 1997 señala que la responsabilidad médica «puede ser una responsabilidad contractual, cuando se ha producido un daño por incumplimiento total o parcial de un contrato que contempla el artículo 1101 del Código

ficar de aquiliana a la responsabilidad del facultativo en las hipótesis que ahora interesan, de asistencia espontánea, por cuanto en ellas no existe relación contractual alguna entre dañante y dañado previa a la causación del daño, y éste no puede ser consecuencia de la infracción de una obligación contractual (que no existe), sino de la del principio general *neminem laedere* plasmado en el artículo 1902 del Código Civil.

Sin embargo, frente a ello cabría entender que en estos casos existe un cuasi contrato, concretamente de *gestión de negocios ajenos sin mandato* (arts. 1888 y ss. del Código Civil)⁴. De ahí que el médico deba continuar asistiendo al enfermo «hasta el término del asunto», si es que por el estado en que se encuentra no puede requerirle para que le sustituya (art. 1888 del Código Civil), que esté obligado a indemnizar al lesionado los daños que le irroge por culpa o negligencia (art. 1889 del Código Civil), y que tenga derecho al reembolso de los gastos necesarios y útiles hechos así como de los perjuicios que él mismo haya sufrido (art. 1893 del Código Civil); en cuanto a si tendría derecho a una retribución, hay que tener en cuenta que, según el artículo 1892 del Código Civil, si el paciente ratifica lo hecho se producen los efectos del mandato expreso y el mandato es, en principio, esencialmente gratuito, a no ser que el mandatario tuviera por ocupación el desempeño de los servicios a que se refiere el mandato (art. 1711 del Código Civil), circunstancia que se daría en nuestro caso; parece, pues, que en esta situación el médico sí tendría derecho a la retribución de sus servicios⁵.

Pocas son las ocasiones en que el TS ha podido referirse a la calificación como cuasi contrato de una relación médico-paciente. A este respecto cabe citar su Sentencia de 24 de mayo de 1995, en la que simple-

Civil..., o “extracontractual”, cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato, sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de la Salud [el Supremo alude concretamente a este caso, porque era el planteado en esta ocasión], cuya responsabilidad derivada de acto ilícito (principio *alterum non laedere*) se contempla como principio en el artículo 1902 del Código Civil...; o, por último, responsabilidad civil derivada de delito cuando... se ha incurrido en un tipo delictivo y la responsabilidad civil deriva de éste, como prevén el artículo 1092 del Código Civil y los artículos 116 y siguientes del Código Penal...».

En sentido similar, *vid.* por ejemplo, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Madrid 1995, pp. 49 ss., y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Valencia 1997, pp. 32 ss.

⁴ En este sentido, SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *RDP* 1984, p. 667 (con cita de autores de distinta opinión en la nota 14) y, siguiéndole de forma literal, MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid 1992, pp. 20 y 21.

Sobre los argumentos barajados en pro y en contra de esta configuración cuasi contractual, *vid.* ALONSO PÉREZ, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona 1997, pp. 193 ss.; esta autora distingue los casos en que el profesional actúa a requerimiento de un tercero de aquéllos en que obra *motu proprio*.

⁵ SANTOS BRIZ («La responsabilidad...», *cit.*, p. 667) llega a la misma conclusión, aunque basándose en el artículo 1893.1, en cuanto permite considerar al paciente «responsable de las obligaciones contraídas en su interés».

mente apunta la irrelevancia que en el supuesto resuelto tenía la consideración que mereciese la relación entre paciente y médico como contractual, cuasicontractual o extracontractual; en cualquier caso, procedía –a juicio del Supremo– estimar la responsabilidad del médico que había atendido en el embarazo y en el parto a una mujer que, aun sin tener derecho estricto a ser atendida por ese doctor en particular, lo había elegido por ser colega suyo de trabajo, así como por pertenecer al INSALUD, de cuyos servicios era beneficiaria.

En realidad, desde el momento en que un profesional de la medicina atiende a una persona surgen para él ciertas obligaciones que van más allá del *neminem laedere*, aunque no haya contratado con el enfermo, y ello lo mismo si lo trata espontáneamente como –con más razón aún si cabe– si lo hace porque trabaja para la Administración sanitaria, un centro privado o una entidad aseguradora que sí están vinculados al paciente, contractualmente o de otra forma en cierto modo similar: no es sólo que el facultativo esté obligado a no irrogar daños, sino que en el tratamiento del paciente no puede incurrir en negligencia ni en impericia, debiendo observar la *lex artis ad hoc*. De ahí la conveniencia de aplicar a la responsabilidad de los médicos, aun en los casos en que no les une al paciente ningún contrato, algunas de las reglas propias de la responsabilidad contractual, como el artículo 1104 del Código Civil, para determinar la diligencia exigible ⁶, o el artículo 1107 del Código Civil, en cuanto a la extensión de los daños resarcibles. Extendemos, por tanto, esta observación a todos aquellos casos en los que, en las páginas que siguen, nos refiramos a la responsabilidad *extracontractual* de los médicos que no hayan contratado con el paciente ⁷. Pero es que, además, hay que recordar que el mismo TS ha admitido –no sin apoyo doctrinal– la aplicación del régimen de la responsabilidad contractual a supuestos en los que entre dañante y dañado no existía previamente un contrato, sino una relación jurídica distinta (como una relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado, relaciones de vecindad o una comunidad de bienes) ⁸; y, en esta misma línea, diversos autores han entendido que no hay inconveniente en considerar que es contractual la responsabilidad derivada de un cuasi contrato ⁹, con lo que se llegaría al resultado

⁶ De hecho, veremos cómo el TS admite comúnmente la aplicación de este precepto en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (*vid. infra* apart. 2 epígrafe 4.2.1).

⁷ En una línea similar se expresa, siguiendo a Ataz López, REBOLLEDO VARELA, en «Responsabilidad civil del personal sanitario en centros asistenciales: sus presupuestos básicos», *RGLJ* núm. 5, mayo 1986, pp. 675 y 676.

⁸ A propósito de esta doctrina jurisprudencial, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», *CCJC* n.º 4, 1984, pp. 1262 y 1263, «Comentario a la STS 19 de junio de 1984», *CCJC* n.º 6, 1984, p. 1876; y «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», *Comentarios del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1993, p. 1977, con mención de sentencias del Supremo en este sentido.

⁹ Así lo observa García Valdecasas, citado por CAVANILLAS MÚGICA, quien comparte idéntica opinión (en *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, obra conjunta con Tapia Fernández, Madrid, 1992, pp. 8 y 9).

opuesto al que apuntábamos al inicio de estas consideraciones (consideración de la responsabilidad como extracontractual por la ausencia de un contrato previo).

2.2 SUPUESTOS DE CONTRATO ENTRE PACIENTE Y MÉDICO

1. Existe un *contrato médico-paciente* cuando éste acude como cliente particular a la consulta privada de un facultativo solicitándole la prestación de sus servicios. Para la perfección del contrato no es preciso ningún requisito formal, de modo que también así, verbalmente, puede quedar válidamente concluido ¹⁰.

Ese contrato se califica, por regla general, de *arrendamiento de servicios* ¹¹, por lo que genera para el facultativo una obligación de actividad o de medios; tan sólo excepcionalmente, en supuestos muy concretos, se entiende que el contrato es de obra, imponiéndole consecuentemente al médico la obligación de obtener un determinado resultado. A este respecto es de cita obligada la STS 26 de mayo de 1986, conforme a la cual «la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico... no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una «obligación de medios», es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica»; esta misma doctrina se ha reiterado después en innumerables sentencias, en muchas de las cuales se extiende la calificación de obligación de medios también a la obligación extracontractual de los profesionales sanitarios

¹⁰ Así lo destaca, por ejemplo, la STS 15 de febrero de 1993.

¹¹ En este sentido se pronuncian, entre muchas, las SSTs 25 de abril y 29 de julio de 1994, 11 de febrero, 22 de abril, 27 de junio y 2 de octubre de 1997.

La STS 7 de febrero de 1990 califica de «simplista» la tesis de la doctrina y la jurisprudencia según la cual «el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios»; mas esta crítica se hace porque se está pensando en el hecho de que el médico también puede prestar sus servicios espontáneamente y sin que medie contrato alguno (esto es, en los casos que, unas líneas atrás, considerábamos de gestión de negocios ajenos sin mandato); por eso la sentencia señala que la reducción de «la intervención facultativa al aspecto contractual, omite la especial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él..., sino también en casos de urgencia, como siniestro, cumpliendo un imperativo deontológico, por lo que la múltiple relación fáctica que ello pueda originar puede también ser rica en matices...»; más adelante, sin embargo, tras destacar que existen «claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo», el TS acaba calificándolo de «contrato de obligación de medios adecuados».

Para un análisis de las diferentes teorías propuestas acerca de la naturaleza jurídica del contrato que celebran los profesionales –en referencia a médicos, abogados y arquitectos– para el desenvolvimiento de sus actividades, *vid.* ALONSO PÉREZ, *Los contratos...*, cit., pp. 14 ss.

en general ¹². Sin embargo, esa extensión es discutible pues si la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado se basa, en esencia, en el distinto alcance del compromiso asumido por el deudor ¹³, parece que sólo puede tener sentido en el ámbito contractual y no en el extracontractual, en el que por hipótesis falta cualquier compromiso entre dañante y dañado previo a la causación del daño; de ahí que, como pone de manifiesto Lobato Gómez ¹⁴, la mayoría de la doctrina considere que la distinción es aplicable sólo a las obligaciones contractuales; y así lo ha entendido también recientemente el propio TS en sus Sentencias de 16 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998 (ambas del mismo Ponente, Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada), al señalar, en alusión a la responsabilidad extracontractual, que «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».

El TS justifica el que la obligación de los profesionales médicos no pueda considerarse de resultado por el carácter aleatorio de la medicina, que no puede garantizar el resultado de la sanación, tanto por sus propias limitaciones, como por la naturaleza del organismo humano, esencialmente mortal y de reacciones que pueden ser imprevisibles ¹⁵.

Varias sentencias explicitan el *contenido de esta obligación de medios*, siendo la precursora de todas ellas la STS 25 de abril de 1994, que, sin ánimo de exhaustividad, apunta los siguientes deberes a cargo del médico ¹⁶:

¹² Así, en las SSTS 12 de julio de 1988, 8 de mayo de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 23 de marzo y 15 de noviembre de 1993, 26 de septiembre de 1994, 5 de diciembre de 1994, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112 [cuando se indica la referencia al lugar de publicación de una sentencia es porque citamos más de una con idéntica fecha y, por tanto, para diferenciarlas]), 22 de abril, 24 de junio y 13 de diciembre de 1997 y 29 de mayo de 1998; en otras sentencias se establece la misma doctrina, aunque hablando en general de la responsabilidad o de la obligación del médico, sin especificar «contractual» o «extracontractual» (por ejemplo, en las SSTS de 13 de julio de 1987, 14 de noviembre de 1994, 25 de enero, 9 de junio de 1997 –Ar. 4734–, 20 de junio, 27 de junio y 10 de noviembre de 1997, entre muchas).

¹³ Sobre esta cuestión, que volvemos a tratar *infra* en el apartado 4 del epígrafe 4.3, *vid.* más ampliamente el detallado trabajo de LOBATO GÓMEZ, «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *ADC* 1992, pp. 681 ss. y 713 ss.; básicamente, mientras que quien asume una obligación de medios cumple con desarrollar diligentemente la actividad encaminada a conseguir el resultado pretendido por el acreedor, aunque finalmente no lo logre, quien tiene una obligación de resultado se compromete a la consecución del mismo, de modo que si no lo obtiene habrá incumplido.

¹⁴ «Contribución...», cit., pp. 692 y 693.

¹⁵ *Vid.*, v. *gr.*, las SSTS de 7 de febrero de 1990, 23 de febrero, 25 de abril, 1 de junio y 12 de julio de 1994 y 11 de febrero y 27 de junio de 1997.

¹⁶ La misma doctrina se repite en las SSTS de 11 de febrero y 7 de mayo de 1997.

a) «Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en el que se produce el tratamiento, de manera que... [su] actuación... se rija por la denominada *lex artis ad hoc*»¹⁷.

b) Informar al paciente (o, en su caso, a sus familiares), siempre que sea posible, del diagnóstico, pronóstico, riesgos del tratamiento, especialmente si es quirúrgico, y eventual insuficiencia de medios en el lugar donde se aplica el tratamiento; tratándose de enfermedades recesivas, crónicas o evolutivas, ha de informarse también de los análisis y cuidados precisos para evitar su agravamiento o repetición¹⁸.

¹⁷ Así, por ejemplo, sobre la obligación del cirujano, no sólo de llevar a cabo correctamente la intervención quirúrgica, sino de controlar asimismo la fase del postoperatorio, *vid.* la STS 28 de junio de 1997. La STS 7 de mayo de 1997 apunta que dentro de las prestaciones incluidas en este primer apartado se encuentra, en el caso de internamiento hospitalario, «el seguimiento directo al enfermo por facultativos en ciclos temporales derivados de la evolución de su estado, cuyos períodos no pueden ser interrumpidos durante un fin de semana para dejar la vigilancia a cargo de enfermeras»; de ahí que en el caso resuelto apreciara omisión organizativa culposa en el centro hospitalario, que no había establecido un turno de visitas a los pacientes, a realizar por médicos.

En cuanto al significado de la *lex artis ad hoc* nos remitimos a lo dicho *infra*, en el apartado 2 del epígrafe 4.2.1.

¹⁸ Según la STS 16 de diciembre de 1997, el deber de información «abarcaría como mínimo..., por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del postoperatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a dicha intervención».

Esta obligación de información, que se ha considerado por el propio TS elemento esencial de la *lex artis ad hoc* y núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos (STS 2 de octubre de 1997), se plasma en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, conforme al cual el paciente o sus familiares tienen derecho a que, en términos que les sean comprensibles, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativa de tratamiento.

Esto es así por la necesidad de contar con su consentimiento para la intervención médica: es decir, que *el consentimiento ha de ser, como destaca la misma STS 2 de octubre de 1997, informado*. La Ley General de Sanidad (art. 10.6) prevé la necesidad de consentimiento escrito del paciente para la realización de cualquier intervención, salvo en los siguientes supuestos: a) cuando exista riesgo para la salud pública; b) haya urgencia que no admita demoras; y c) el paciente no esté capacitado para decidir, en cuyo caso serán sus familiares y allegados los que tendrán que hacerlo. El TS hubo de pronunciarse sobre si concurría alguna de estas circunstancias en su Sentencia de 24 de mayo de 1995; en ella estimó la responsabilidad de un médico que, con ocasión de realizar una cesárea, había practicado una ligadura de trompas sin contar con el consentimiento de la paciente; es más, habiéndole preguntado el doctor a la mujer en el pasillo previo al quirófano si le efectuaba la ligadura, ella había contestado negativamente y fue durante la práctica de la cesárea, estando ya inconsciente la mujer, cuando el mismo médico le señaló al marido la conveniencia de la ligadura, puesto que se había producido la rotura del útero, a fin de evitar los riesgos futuros inherentes a un nuevo embarazo; el marido entonces consintió; con buen criterio el TS destaca que dicha intervención tuvo por objeto evitar un riesgo futuro, no un riesgo urgente, por lo que, a la vista del artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad, tenía que haber contado necesariamente con el consentimiento de la paciente; este aspecto de la sentencia es tratado por ALONSO PÉREZ, «Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de

c) Continuar el tratamiento hasta el alta médica, advirtiéndolo al enfermo de los riesgos de su abandono.

2. La regla general conforme a la cual la obligación del profesional sanitario se considera de medios ha sido excepcionada o relativizada en algún caso por el TS ¹⁹. Así ocurre, por ejemplo, cuando el médico se compromete a obtener un determinado resultado. En un supuesto de este tipo, de cirugía estética ²⁰, en el que el cirujano no obtuvo la mejoría que había asegurado a la paciente, la STS 16 de abril de 1991 destacó que «o bien [el facultativo] incurrió en un error profesional culposo al comprometerse a mejorar a la paciente o, si esto era en realidad lo previsible, no realizó correctamente la operación y, por tal razón, no se obtuvo el resultado esperado, sin que lo dicho signifique... que la actividad médica haya de obtener en todo caso la recuperación o mejoría del enfermo –obligación de resultado– sino que lo rechazable es que se comprometa un buen fin de la operación y ésta no sólo no lo consiga sino que incluso empeore la situación del paciente...».

Abundando en esta línea y con un afán más sistemático, la Sentencia del TS de 25 de abril de 1994 distingue los casos de medicina curativa, en los que considera clara la calificación del contrato como de arrendamiento de servicios, de los de *medicina voluntaria*, en los que –según destaca la sentencia– el interesado acude al médico, no para curar una dolencia, sino «para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o... para la transformación de una actividad biológica

la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)», *ADC* 1997, pp. 922 ss., y por GAVIDIA SÁNCHEZ en su comentario a la sentencia, en *CCJC* número 39, 1995, pp. 1070 y 1071.

Como sentencias en las que el TS tuvo en cuenta la infracción de los deberes de información del médico al estimar su responsabilidad cabe citar las de 23 de abril de 1992 y 1 de julio de 1997, además de la de 25 de abril de 1994, relativa a un supuesto de medicina voluntaria y a la que en seguida nos referiremos en el texto. En cambio, dichos deberes se consideraron cumplidos en los casos resueltos por las SSTS de 7 de junio de 1994, 31 de julio de 1997 y 2 de octubre de 1997, absolutorias de los médicos por no apreciarse en ellos negligencia de ninguna clase (ni en cuanto a la obligación de informar ni en lo relativo a la asistencia prestada).

Sobre «el consentimiento informado», puede consultarse, por ejemplo, la ponencia del mismo título, de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, publicada en las Actas del Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario» que tuvo lugar en Madrid los días 14 y 16 de noviembre de 1994, convocado por el CGPJ y el Ministerio de Sanidad y Consumo, pp. 273 ss.; también el «Comentario a la STS 12 de julio de 1994», de SÁNCHEZ GÓMEZ, *CCJC* n.º 38, 1995, pp. 476 ss., ROMERO COLOMA, «El Derecho español ante la relación médico-paciente (Deber de información y consentimiento)», *La Ley* 1996-4, pp. 1251 ss., y VIANA CONDE y SAS FOJÓN, «El consentimiento informado del enfermo», *La Ley* 1996-2, pp. 1330 ss., además de la reciente monografía de GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997.

¹⁹ También la doctrina ha subrayado el distinto alcance que tiene la obligación de los médicos según la especialidad practicada: *vid.*, *v. gr.*, FERNÁNDEZ COSTALES, «La responsabilidad civil médica», *La Ley*, 1986-3, p. 638 y, más ampliamente, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 56 ss., y LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 25 de abril de 1994», *CCJC* n.º 36, 1994, pp. 1014 a 1016.

²⁰ En particular sobre las responsabilidades exigibles en la práctica de esta especialidad, *vid.* MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997.

–la actividad sexual–, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros medios anticonceptivos»; para el Supremo, en estos últimos casos «el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios..., *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... con mayor fuerza aún [que en los supuestos de medicina curativa] las [obligaciones] de informar al cliente –que no paciente–, tanto del posible riesgo que la intervención... 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» [la cursiva, lo mismo en ésta que en las demás sentencias citadas en el trabajo es nuestra]²¹. Idéntica doctrina se reitera en las SSTs 11 de febrero de 1997²², 27 de junio de 1997²³ y 28 de junio de 1997²⁴.

Finalmente, no faltan las sentencias que señalan que el contrato puede ser de obra en cirugía estética, odontología o vasectomía, como las del TS de 7 de febrero de 1990, 22 de abril y 13 de diciembre de 1997 y 19 de febrero de 1998, en las que, sin embargo, esta declaración constituye un mero *obiter dicta*, siendo los casos resueltos de medicina curativa. No así, en cambio, en el supuesto de la STS 2 de

²¹ En el caso de esta Sentencia de 25 de abril de 1994, un hombre, después de haberse sometido a una vasectomía, había engendrado gemelos. Aunque la operación se había realizado correctamente, se apreció culpa en el médico por no haber informado adecuadamente al paciente sobre la posibilidad de que la vasectomía no garantizase de forma absoluta la esterilización, cuando dicha posibilidad existe (por recanalización espontánea de la vía seminal), y de la necesidad de someterse a controles posteriores para asegurarse del éxito de la operación.

²² Caso en el que el matrimonio actor aducía que la esposa había quedado embarazada después de que el marido se hubiera sometido a una vasectomía; la sentencia, sin embargo, fue desestimatoria, porque se consideró probado el logro de la esterilización.

Es de subrayar que en esta sentencia el TS no sólo reitera la doctrina de la de 25 de abril de 1994, sino que también se hace eco de la distinción entre cirugía asistencial y cirugía satisfactiva, para identificar la prestación del médico en el último caso con una *locatio operis*, «esto es –dice el Supremo–, con el plus de responsabilidad que... comporta la obtención del buen resultado»; aquí incluye las operaciones de cirugía estética y de vasectomía. RAGEL SÁNCHEZ (en su comentario a esta sentencia, CCJC n.º 44, 1997, pp. 670 y 671) destaca cómo con esta calificación del contrato como de obra, el TS da un paso más respecto de la Sentencia de 1994; sin embargo, critica tal calificación respecto de la vasectomía porque no es una operación absolutamente segura, aunque se realice correctamente; en consecuencia, entiende que el médico no puede garantizar su buen fin. Como apuntamos en la siguiente nota, algo similar ocurre con la ligadura de trompas.

²³ En esta ocasión se desestimó la demanda de una mujer que había quedado embarazada después de someterse a una ligadura de trompas, porque fue debidamente informada del riesgo (de uno a tres por mil) de fracaso de la operación y decidió asumirlo.

²⁴ Esta sentencia, dictada en un caso de fallecimiento de un hombre que se había hecho un *lifting*, señala, además, que la responsabilidad del cirujano era clara tanto si el *lifting* se considera como un contrato de arrendamiento de obra, pues «es evidente que dicho resultado de mejoramiento estético... no se ha obtenido», como si se califica de arrendamiento de servicios, pues «tampoco aparece diligentemente cumplido».

diciembre de 1997²⁵, en el que una joven se había sometido a una intervención quirúrgica de alargamiento tibial para aumentar su estatura; esto llevó al Supremo a afirmar tajantemente que el tratamiento del caso «se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y... la obligación del médico es de resultado, no de actividad»²⁶.

3. Cuando el médico ha celebrado un contrato con el paciente al que daña, es evidente que se le puede exigir responsabilidad contractual. Mas como en el tratamiento pueden intervenir, aparte del médico contratado, otros sujetos e instituciones, podemos diferenciar las siguientes hipótesis:

1.^a El médico puede valerse, para la prestación de asistencia, de *otros facultativos o de sanitarios*, sean o no dependientes suyos. Si el daño procede de la actuación de alguno de éstos, el perjudicado podrá exigirle al médico la consiguiente responsabilidad contractual por sus auxiliares pues, estando obligado por un contrato, habrá de responder de su correcto cumplimiento lo mismo si es él quien asume su ejecución como si para ello se vale de otras personas.

Pero si el perjudicado prefiere actuar (únicamente o a la vez que lo hace contra el médico contratado) contra el personal auxiliar, dado que con él no ha celebrado contrato alguno ni le une una relación previa de otro tipo, sólo podrá hacerlo por vía de responsabilidad extracontractual. Así lo destaca la STS 28 de julio de 1997 cuando indica: «Si bien es cierto que el fallecido señor G. T. contrató directa y personalmente los servicios del cirujano señor R. C. para que le hiciera la operación de... "lifting"..., lo que hace encajar este supuesto, en lo que respecta exclusivamente a dicho cirujano, en el ámbito de las relaciones contractuales, también lo es que no consta que hubiera concertado contrato alguno con el anestesista, ni con el intensivista, y, como contra éstos, los demandantes (hijos del señor G. T.) también han dirigido su pretensión resarcitoria, la posible responsabilidad de los mismos... es más bien de índole extracontractual, lo que entraña un supuesto de yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual)...»²⁷.

2.^a En ocasiones los médicos privados necesitan disponer de la infraestructura de una clínica o un sanatorio (piénsese, por ejemplo, en el ginecólogo que ha de atender un parto o en el oftalmólogo que debe practicar una operación de cataratas); el médico no tiene por qué depender del centro, sino que simplemente se vale de sus medios, enviando allí a los pacientes que requieren asistencia hospitalaria; éstos son quienes, por su parte, perfeccionan con el centro un

²⁵ Del mismo ponente que las sentencias de 22 de abril y 13 de diciembre de 1997 que acabamos de citar en el texto, Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

²⁶ Según la misma sentencia, como en el caso el resultado no se obtuvo y, en cambio, se produjo un daño (graves secuelas en la operada), había que presumir la culpa del médico.

²⁷ Otros supuestos similares, en los que los actores exigieron al mismo tiempo responsabilidad contractual a uno de los médicos y extracontractual a otros, fueron los resueltos por las SSTS 11 de febrero y 9 de junio de 1997 (Ar. 4734).

contrato que se puede denominar *de hospitalización*, distinto del que les une al médico cuyos servicios han contratado, y por cuyo incumplimiento también pueden exigir la consiguiente responsabilidad contractual.

A un supuesto de este tipo se refiere la STS 11 de noviembre de 1991: A una mujer que, para dar a luz, había ingresado en una clínica privada por indicación de su ginecólogo (también privado y sin relación alguna de dependencia laboral o profesional con la clínica), se le detectó una hemorragia después del parto, por lo que su médico hubo de practicarle una histerectomía; la mujer demandó por ello al ginecólogo, la comadrona y la clínica. La Audiencia condenó únicamente a la clínica (por apreciar negligencia en los encargados de sus servicios sanitarios) y el recurso interpuesto por ésta hizo que el Supremo tuviera que pronunciarse sobre el alcance de sus obligaciones frente a la paciente: «El llamado por la doctrina “contrato de clínica” o “contrato de hospitalización” –señala la sentencia– (concertado directamente por el paciente con una Clínica privada, sin mediación de la Seguridad Social, ni de ningún otro contrato de seguro, como es el caso que nos ocupa), carente de regulación legal, aparece como un contrato atípico y complejo, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado».

Así, continúa el Supremo, el contrato comprende en todo caso los servicios *extramédicos* (de hospedaje o alojamiento) y los *asistenciales o paramédicos*²⁸; entre estos últimos incluye, sin duda, «la administración de los medicamentos prescritos, inyecciones, control de temperatura, guarda y seguridad del paciente»; en cambio, entiende que el control del postoperatorio puede tener diversa naturaleza, según la índole de la intervención practicada y «sobre todo, de las instrucciones específicas que, al respecto, haya dado el médico que realizó la intervención»²⁹. En cuanto a los servicios *pura y estrictamente médicos*, el TS indica que el contrato de hospitalización puede abarcarlos o no «según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica) o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento». Como destaca el propio tribunal, esta última era la modalidad concurrente en el caso resuelto, que es el que en este epígrafe nos interesa y en el cual, por tanto, hay que concluir que los actos puramente médicos incumben en principio únicamente al facultativo contratado y no a la clínica.

²⁸ Indica también estos servicios como contenido del «contrato hospitalario» la STS 15 de febrero de 1993.

²⁹ En el concreto caso de autos, estima que, puesto que el parto había sido normal y el estado de la parturienta después era bueno, no estaba dentro de las obligaciones asistenciales del sanatorio la de examinarla permanentemente, y dado que la hemorragia se había detectado hora y media escasa después del parto, siendo entonces tratada convenientemente la paciente, se estimó el recurso de la clínica, que fue absuelta.

2.3 SUPUESTOS EN QUE MEDIA CONTRATO ENTRE EL PACIENTE Y LA INSTITUCIÓN QUE LE PROCURA LA ASISTENCIA MÉDICA

Trataremos aquí tanto los casos de contratación de un seguro de asistencia médica como aquellos en que el paciente contrata directamente los servicios de un centro médico.

2.3.1 Contrato entre paciente y centro médico

1. Acabamos de referirnos a la definición y descripción de contenido que el TS hace del llamado *contrato de hospitalización* en su Sentencia de 11 de noviembre de 1991³⁰; veámos cómo el mismo puede celebrarse con ocasión del ingreso hospitalario de un paciente que previamente ha contratado con un médico privado (existirían, pues, dos contratos celebrados por el enfermo: por un lado con su médico, por otro con el centro), pero también se apuntaba la posibilidad de que el de hospitalización fuese el único contrato suscrito por el particular; en este último caso, que es el que aquí interesa, el paciente se dirige a un centro asistencial, sea privado o público³¹, en demanda de sus servicios estrictamente médicos (no sólo, en su caso, de los llamados servicios extramédicos y paramédicos); en palabras de la STS 11 de noviembre de 1991, confía a la clínica los actos médicos por medio de sus propios facultativos, dependientes laboral o profesionalmente del centro; por ello –y tal como destaca la STS 22 de febrero de 1991 en un supuesto de la misma índole– lo habitual es que sea el centro el que designe al médico que haya de atender al paciente.

En su momento hicimos referencia a la consolidada doctrina jurisprudencial que considera como *obligación de medios* la de los profesionales sanitarios. Aunque con una frecuencia mucho menor, el TS ha reiterado la misma doctrina respecto de la obligación de los centros asistenciales de prestar servicios médicos. Así, en términos muy similares a los de su conocida Sentencia de 26 de mayo de 1986, en la de 7 de julio de 1993 destaca: «la obligación contractual o extracontractual del personal e *instituciones médico-quirúrgicas* no es la de obtener en todo caso un resultado positivo en la recuperación del enfermo, es decir no es una obligación de resultados, sino de medios, es decir proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia...»; en términos similares, la STS 10 de octubre de 1994 subraya que «el *contrato médico-hospitalario* no es de resultado, es decir que comprenda la consecución y asegure obtener la prestación de salud que se demanda, como algo que

³⁰ En la misma sentencia también se alude a él como contrato de clínica o de servicios hospitalarios.

³¹ En efecto, un paciente que no esté afiliado a la Seguridad Social ni sea beneficiario de ella puede acudir, como particular ajeno a la misma, a un hospital de titularidad pública y contratar sus servicios; un supuesto de este tipo fue el resuelto por el TS en su

pudieran aportar los médicos, sino más bien se refiere a la procura de que éstos, con todos los conocimientos y elementos a su alcance, traten de lograr el restablecimiento de la salud dañada en cada caso concreto».

2. No cabe duda que en estos casos cabe exigir responsabilidad contractual *al titular del centro contratado por los daños ocasionados al paciente y que resulten imputables al mismo titular, a sus dependientes o, más en general, a sus auxiliares para el cumplimiento, dependan o no del centro*³².

3. En cuanto a el o los *profesionales al servicio del centro* que sean causantes directos del daño, en principio creemos que sólo podrá exigírseles responsabilidad extracontractual, puesto que no les une al paciente contrato o relación previa de ningún tipo; a no ser que hubieran suscrito con la clínica u hospital en que prestan sus servicios un contrato en favor de tercero, siendo el beneficiario el paciente^{33, 34}.

Sentencia de 15 de marzo de 1993 (comentada por DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ en *CCJC* núm. 31, 1993, pp. 293 ss.), en el que la acción de responsabilidad civil contractual ejercitada por el paciente contra el médico que le había tratado y contra el INSALUD no prosperó porque no se apreció en los demandados negligencia de ninguna clase.

³² Así lo destaca la ya citada STS 22 de febrero de 1991, a propósito de un caso en el que a una mujer que había acudido a una clínica privada a realizarse una endodoncia, hubo de extraérsele un canino para recuperar un trozo de lima que se había incrustado en él después de que al facultativo se le rompiera el utensilio mientras practicaba aquella operación. Demandados el médico y la entidad propietaria de la clínica, el tribunal *a quo* condenó a ambos: al primero con base en los artículos 1101 y 1104 del Código Civil y a la segunda con apoyo en el artículo 1903 del Código Civil; centrándonos por el momento en lo relativo a la responsabilidad de la última, ésta adujo en su recurso de casación que, habiendo sido estimada la responsabilidad contractual del doctor, a ella no se le podía declarar responsable por el artículo 1903, porque éste sólo era aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual; el TS desestimó el motivo señalando, entre otras razones, que «la demandante no recabó directamente los servicios de un médico concreto y determinado, sino que acudió a la Clínica Janos, que fue la que, después de señalarle día y hora para la consulta, designó al médico que había de atenderla, de entre los que en la misma prestan sus servicios, por lo que la responsabilidad de la... propietaria de la meritada Clínica, *también participa de la responsabilidad por culpa contractual declarada respecto del médico a su servicio*».

³³ Con dicha configuración –posible conforme al artículo 1257.II del Código Civil– el beneficiario (paciente) dispondría de una pretensión *contractual* frente al promitente (médicos y demás personal sanitario), pudiendo exigirle el cumplimiento de la promesa estipulada en su beneficio, así como la responsabilidad –contractual– consiguiente a su inobservancia (*vid. sobre este punto* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, Madrid 1993, pp. 403 y 404). A falta de previsión legal atribuyendo este carácter al contrato entre los centros sanitarios y los profesionales que prestan el servicio, habría que estar a la voluntad de las partes para establecer si han contratado en favor de tercero; mas, si con la doctrina mayoritaria en nuestro país y ante el silencio del Código Civil, se entiende que el promitente no puede oponer frente al beneficiario las excepciones que él mismo pueda ostentar frente al estipulante (el centro), en concreto la excepción de contrato no cumplido y la compensación de un crédito del promitente frente al estipulante (a este respecto *vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. I, cit., p. 415), parece poco probable que los profesionales médico-sanitarios estén dispuestos a configurar de este modo sus contratos con los centros.

No lo vio así, sin embargo, SANTOS BRIZ («La responsabilidad...», cit., pp. 668 y 678), para quien «es bastante admisible» considerar que entre ambas partes se celebra un contrato en favor de terceros; a SANTOS BRIZ le sigue MARTÍNEZ-CALCERRADA, en «La responsabilidad...», cit., p. 21.

Por su parte, ALONSO PÉREZ (*Los contratos...*, cit., pp. 176 ss.) ha defendido recientemente la ineptitud del contrato en favor de tercero para encuadrar las relaciones existentes en estos casos, buscando su acomodo jurídico en el instituto de la delegación.

³⁴ Por ello nos parece criticable que en el caso de la STS 22 de febrero de 1991, a la que nos referíamos dos notas más atrás, la responsabilidad del médico al servicio de la clí-

2.3.2 La prestación de asistencia a través de un seguro médico

1. Parte de la asistencia sanitaria se canaliza por medio de seguros médicos privados con entidades o sociedades (como ASISA, Adeslas, Sanitas, etc.) que ofrecen un cuadro de centros médicos, facultativos de las distintas especialidades y personal sanitario, a los que el particular asegurado puede acudir cuando lo precise. A su vez, esos centros y personal médico-sanitario pueden ser o no propios de la aseguradora; esto es, ésta puede contar con hospitales de su titularidad y con un personal que dependa directamente de ella o, si no dispone de medios propios, contratar los servicios de hospitales y profesionales independientes, que así se comprometen a atender a los asegurados.

2. Sea como fuere, *el particular sólo contrata con la aseguradora* por lo que, a la hora de exigir responsabilidades civiles por los daños que sean consecuencia de un tratamiento, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato únicamente podrá hacerse valer contra esa entidad (y no contra los médicos y los centros que no sean de su titularidad, a los que nos referiremos más adelante). Esto no quiere decir que la contractual sea la única responsabilidad civil exigible a la entidad; y ello por la reiterada doctrina jurisprudencial que permite optar por la responsabilidad aquiliana aun cuando medie un contrato entre las partes³⁵; de ahí que, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 12 de febrero de 1990, la aseguradora demandada fuera condenada con base en el artículo 1903.IV del Código Civil, por la actuación negligente de un médico que dependía de ella.

Tal relación de dependencia no es precisa, en cambio, si contra la entidad aseguradora se ejercita la acción de responsabilidad civil contractual, pues entonces el deudor ha de responder de la actuación de todas aquellas personas de las que se valga para cumplir con sus obligaciones contractuales, esto es, de sus auxiliares para el cumplimiento, sean o no dependientes suyos; así, la independencia funcional de un médico respecto de una aseguradora podría ser, quizá, una circunstancia apta para eximir a ésta de responsabilidad extracontractual (*ex art. 1903.IV del Código Civil*), mas no de responsabilidad contractual. Ahora bien, para fijar el alcance de esta última cuando de la asistencia sanitaria prestada resulten daños, es preciso determinar *cuál es el contenido de la obligación que las entidades aseguradoras asumen en virtud del contrato celebrado con el particular*.

A tales efectos interesa la STS 27 de septiembre de 1994. Los hechos fueron los siguientes: un niño de dos años, que había sufrido unos desgarros en un dedo al manipular un enchufe eléctrico, fue sometido a una intervención quirúrgica en un Centro de Quemados de la Cruz Roja,

nica se calificara de contractual, pues en absoluto se menciona que entre ambos hubiera un contrato en favor de terceros; y los mismos argumentos que emplea el Supremo para justificar la posible calificación como contractual de la responsabilidad del titular de la clínica (transcritos en la nota 32) avalan la tesis de que la responsabilidad del médico no podía ser más que extracontractual.

³⁵ Sobre dicha doctrina *vid. infra* epígrafe III.

durante la cual se produjo un accidente anestésico que le dejó graves consecuencias neurológicas determinantes de una incapacitación de por vida. El Centro era propiedad de la Cruz Roja, de la que dependían los médicos intervinientes en la operación, y a él acudió el padre del menor en su calidad de afiliado a ASISA, ya que ésta tenía concertada con la Cruz Roja la utilización del mencionado Centro. El padre demandó en representación de su hijo a cuatro médicos, Cruz Roja y ASISA, aunque la petición de condena se limitaba a la responsabilidad civil de los dos anestesistas que intervinieron en la operación y a Cruz Roja. Esta limitación hizo que la Audiencia sólo condenara al pago de la compensación pecuniaria a uno de los anestesistas y a Cruz Roja, a pesar de haber apreciado también negligencia en ASISA³⁶. Con todo, la aseguradora recurrió la sentencia, lo mismo que Cruz Roja.

El TS, apreciando culpa en los médicos que trataron al menor³⁷ e insistiendo en que los mismos dependían del Centro, confirmó la condena de Cruz Roja basándose en la existencia de culpa *in eligendo e in vigilando* a los efectos del artículo 1903.IV del Código Civil. En cambio, la independencia de los facultativos respecto de la aseguradora excluía cualquier responsabilidad aquiliana de ésta conforme al artículo 1903.IV del Código Civil. Lo que ocurre es que el TS, estimando el recurso de ASISA, descartó también su responsabilidad contractual, entendiendo que la misma había cumplido «los contratos que tenía concertados, por un lado, con el particular asociado..., y, por otro, con la entidad médica (Cruz Roja Española) directamente encargada de aquella asistencia sanitaria».

A nuestro juicio, este último punto relativo a la responsabilidad contractual resulta criticable, pues comporta una concepción muy limitada de las obligaciones contractuales asumidas por ASISA frente al asegurado. Según la sentencia, entre ambas media un «contrato de prestación de servicios médicos, mediante el cual el centro médico (en el caso discutido la entidad aseguradora) se obliga a suministrar al asociado o afiliado un servicio médico por intermedio de facultativos, clínicas, laboratorios, personal paramédico, etc., que pone a su disposición a cambio de dinero, que se abona en forma periódica, y que puede hacerse mediante pago por prestación o acto médico, o de una cantidad fija (sistema de iguales o de primas de seguro)»³⁸. Si en este caso el TS entiende que ASISA había cumplido frente al asegurado es, como acertadamente observa Jordano Fraga³⁹, porque el Alto Tribunal considera que su obligación no es la de *prestar asistencia sanitaria* a los beneficia-

³⁶ Sobre esta peculiar situación procesal *vid.* el comentario a la sentencia de JORDANO FRAGA, *CCJC* n.º 37, 1995, pp. 241, 244 y 245.

³⁷ En la sentencia se habla varias veces de la negligencia de los facultativos, en plural, aunque sólo uno de ellos resultó condenado.

³⁸ Esta definición se encontraba ya en un artículo («La responsabilidad...», cit., p. 678) en el que quien fue ponente de la sentencia del Supremo, Excmo. Sr. Santos Briz, recogía la noción de otro autor (A. J. BUERES, *La responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Buenos Aires, 1981, pp. 26 ss.) acerca del contrato de prestación de servicios médicos.

³⁹ «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», cit., pp. 246 y 247.

rios de su cobertura, sino simplemente la de *procurarles* los profesionales y los centros encargados de prestar tal asistencia; desde esta perspectiva –señala Jordano–, no puede apreciarse incumplimiento por parte de la aseguradora mientras no incurra en *mala electio* (elección o designación negligente de profesionales o centros sanitarios); y en el caso de autos no podía considerarse que la elección por ASISA del Centro de Quemados de la Cruz Roja, al parecer uno de los mejores en su campo, constituyera *mala electio*.

Sin embargo, si se tienen en cuenta las atribuciones que se arrojan las entidades aseguradoras en cuanto a la prestación de los distintos servicios médicos y el determinante papel de las mismas en su organización, así como la forma en que publicitan sus servicios en el mercado ⁴⁰, es difícil admitir que se trata de simples intermediarias entre el usuario y el prestador del servicio médico y que ellas mismas no asumen la obligación de prestar la asistencia, aunque sea valiéndose de centros y personal ajenos. En este sentido, coincidimos plenamente con Jordano cuando señala que «nos hallamos, simplemente, ante un deudor que, en vez de cumplir por sí... o con sus dependientes, utiliza a (otros) terceros (autónomos) para la realización de la prestación (sanitaria) por él debida. Y estos terceros, por el simple hecho de ser utilizados, por voluntad del deudor... en la realización del cumplimiento de la obligación de aquél, son auxiliares de dicho cumplimiento, lo que es suficiente para que el deudor responda *contractualmente* por ellos –responsabilidad contractual indirecta: por hecho ajeno–, *aunque no resulten ser sus empleados o dependientes*» ⁴¹. De aceptarse este planteamiento, que compartimos, las entidades aseguradoras responderían contractualmente de la actuación de todos los centros y todos los profesionales, propios o ajenos, dependientes suyos o no, de que se sirvieran para prestar la asistencia sanitaria a sus beneficiarios.

3. En cuanto a los *auxiliares para el cumplimiento*, dado que entre ellos y el paciente no media contrato alguno y que el existente entre ellos y las aseguradoras difícilmente se configurará como contrato en favor de tercero ⁴², se entiende comúnmente que la única responsabilidad civil que se les puede exigir, en su caso, es la extracontractual ⁴³.

⁴⁰ Efectivamente, editan sus propios folletos, catálogos y listines; redactan las reglas de utilización de los servicios, a veces atribuyéndose funciones importantes de supervisión de las prestaciones; se ofrecen al público como empresa avalada por la profesionalidad del personal con que cuenta –dependiente o no– y la calidad de sus instalaciones –propias o no–, etc.

⁴¹ Comentario citado, p. 247. Observa el mismo autor –y también creemos que con razón– que la doctrina que el Supremo refiere a ASISA es aplicable a Mutualidades que, como MUFACE (la Mutualidad de los funcionarios), ofrecen a sus mutualistas una o varias entidades aseguradoras de asistencia médica para que elijan una: «su cumplimiento se agota en la *bona electio* y su responsabilidad sólo se desencadena con la *mala electio*» (*op. cit.*, p. 248).

⁴² Y ello por las mismas razones expuestas *supra* (en nota 33), al referirnos al personal médico-sanitario que presta sus servicios en centros asistenciales y al contrato existente entre ellos.

⁴³ Así, JORDANO FRAGA, «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», cit., pp. 239 y 242 (en alusión a médicos y titular del centro asistencial), e YZQUIERDO

2.4 RELACIÓN DE AFILIACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Cuando el paciente perjudicado por un tratamiento médico o sanitario es un afiliado a la Seguridad Social y opta por hacer valer la *responsabilidad civil del órgano competente para la gestión y administración de esa asistencia sanitaria* (que será, según la Comunidad Autónoma de que se trate, el INSALUD, el Servicio Andaluz o el Servicio Valenciano de Salud –SAS o SAV, respectivamente–, el Instituto Catalán de la Salud, etc.) en lugar de la responsabilidad patrimonial administrativa ⁴⁴, es preciso determinar *qué clase de relación genera la afiliación a la Seguridad Social* para concretar el tipo de responsabilidad, contractual o extracontractual, exigible de dicho órgano ⁴⁵.

El TS no sigue un criterio unívoco a este respecto, de modo que sus sentencias se adscriben a dos líneas contradictorias:

1.^a En varias sentencias el TS mantiene que la acción a ejercitar frente al órgano gestor de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social es la de *responsabilidad extracontractual*. Así, en la de *20 de febrero de 1981*, tras negar que la relación entre el beneficiario de la Seguridad Social y el personal al servicio de ésta sea contractual, e indicar que los resultados dañosos de las prestaciones recibidas dan lugar a «una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción por culpa extracontractual o aquiliana que sanciona el artículo 1902 y en su caso el 1903 del Código Civil», se añade que lo mismo es aplicable respecto del Instituto Nacional de Previsión, a quien considera correctamente aplicado el artículo 1902 del Código Civil; esta doctrina se reitera después en otros fallos de la Sala 1.^a del TS, en los que se trata de justificar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones indemnizatorias dirigidas contra la Administración (así, por ejemplo, en las *SSTS 21 de septiembre de 1988* y *16 de julio de 1991* y, aun con diferente formulación, en la de *22 de junio de 1988* ⁴⁶).

TOLSADA, «Comentario a la STS 31 de enero de 1990» (en realidad se trata de la STS 12 de febrero de 1990), *CCJC* n.º 22, 1990, p. 284 (refiriéndose a un médico dependiente de una aseguradora).

En las SSTS 12 de febrero de 1990 y 27 de septiembre de 1994, un médico dependiente de Adeslas (primer supuesto) y otro de la Cruz Roja (segundo caso) resultaron condenados con base en los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil, respectivamente; también la STS 12 de mayo de 1988 declaró la responsabilidad extracontractual *ex artículo* 1902 del Código Civil del dueño de una clínica privada (por deficiencias en determinado material quirúrgico), en la que había ingresado una paciente por su vinculación a un Igualatorio Médico Quirúrgico. En cambio, la STS 25 de abril de 1994 estimó la responsabilidad contractual, *ex arts.* 1101 y 1104 del Código Civil, de un médico de Sanitas que había practicado una vasectomía al beneficiario de una póliza con dicha entidad.

⁴⁴ Sobre ésta última, *vid. infra*, epígrafe 4.1.1.

⁴⁵ Caso distinto es el de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a personas no afiliadas que carezcan de recursos económicos suficientes, a las que el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, extendió la cobertura asistencial; en tal hipótesis, parece que la responsabilidad civil no puede ser sino aquiliana.

⁴⁶ En todos los casos se estimó la responsabilidad civil extracontractual del INSALUD.

2.^a Otras sentencias prefieren calificar de *contractual* la responsabilidad del INSALUD (u órgano análogo) frente a los afiliados a la Seguridad Social. Así, por ejemplo, la *STS 29 de octubre de 1992* afirma con rotundidad que «no cabe duda que la relación existente entre una persona afiliada a la Seguridad Social y el Centro Hospitalario que, integrado en la misma, le presta asistencia médica, viene configurada como propiamente contractual, no obstante los matices y las peculiaridades que le caracterizan»⁴⁷. La misma línea sigue la *STS 18 de febrero de 1997*, que confirmó la calificación que el tribunal de segunda instancia había hecho de la relación entre afiliado y Seguridad Social como contractual, para estimar la responsabilidad del mismo orden del Instituto Catalán de la Salud; es más, en esta ocasión el Supremo llega a considerar el contrato como de adhesión y a apreciar la existencia de una relación contractual de hecho o derivada de una conducta social típica, cual era en el caso la utilización de un servicio público, no pareciéndole ilógica la interpretación que la Sala de instancia hizo de la relación jurídica enjuiciada. También la *STS 31 de diciembre de 1997* se adscribe a esta línea, en un supuesto en el que una beneficiaria de la Seguridad Social había hecho valer en su demanda contra el Servicio Andaluz de Salud tanto la culpa contractual como la extracontractual, con carácter alternativo; el Supremo negó que conforme al artículo 1968.2.º del Código Civil la acción hubiese prescrito, tal como pretendía el SAS; pero, además y a mayor abundamiento, recuerda su doctrina sobre la yuxtaposición de las responsabilidades contractual y extracontractual cuando el hecho dañoso «es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro» para indicar que, dado que en la demanda se alegaban ambas culpas, «producida una situación de culpa contractual, la acción para su ejercicio está afectada por el plazo prescriptivo de quince años» fijado en el artículo 1964 del Código Civil. Por su parte, la *STS 19 de febrero de 1998*, reiterando la doctrina ya establecida en la *STS 16 de diciembre de 1997*, destaca cómo la responsabilidad médica es «por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de Entidad o Seguridad Social, tanto porque se integre merced al mismo acto médico». Finalmente, la *STS 6 de mayo de 1998*, para justificar la condena del INSALUD por responsabilidad contractual, destaca, entre otros argumentos, que «hay razones para admitir que la relación que une al INSALUD con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual, y concretamente de arrendamiento de servicios»⁴⁸.

⁴⁷ Por ello el TS confirmó la condena del INSALUD (titular del hospital en que se trató al paciente) que la Audiencia había basado en el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

⁴⁸ La *STS 5 de mayo de 1988* parece inscribirse en este segundo grupo cuando, al resolver el recurso interpuesto por el INSALUD contra la sentencia condenatoria de la Audiencia, señala: «es indudable que... concurren los requisitos generales de la culpa contractual, que determinan para la entidad recurrente la responsabilidad civil que dimana del artículo 1101 del Código Civil, al ser consecuencia del defectuoso cumplimiento de un

Al parecer, nuestra doctrina se inclina mayoritariamente por negar que en estos casos exista una relación contractual ⁴⁹. Sin embargo, habría que tener en cuenta cómo el TS, para aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, se ha conformado en diversas ocasiones con que existiera una relación jurídica previa entre dañante y dañado, aunque no fuera contractual, como, por ejemplo, una relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado ⁵⁰. A nuestro modo de ver, esa relación previa es clara en la hipótesis de afiliación a la Seguridad Social, y justificaría la aplicabilidad del régimen de responsabilidad civil contractual ⁵¹.

2. Desde cualquiera de las dos posiciones indicadas, podrá justificarse –si se dan los presupuestos para ello– la responsabilidad del órgano gestor de la asistencia frente al afiliado a la Seguridad Social, por lo que ocurra en los centros de su titularidad y, en concreto, por la actuación del personal dependiente de la Administración. Mas la asistencia sanitaria de la Seguridad Social también puede dispensarse en centros privados, ya sean *concertados*, ya sean *vinculados* al Sistema Nacional de Salud mediante un convenio singular ⁵²; el titular de estos centros ya no es el INSALUD u órgano análogo, sino una persona física o jurídica distinta e independiente de aquél; dicha independencia funcional determinaría, en principio, la imposibilidad de hacer responder al INSALUD *ex* artículo 1903.IV del Código Civil por los daños ocasionados a los pacientes asistidos en uno de esos centros, mientras que no habría problema alguno, en cambio, para exigirle responsabilidad contractual. Ahora bien, tal diferencia desaparecería si entendemos que, aun a falta

contrato de asistencia médica»; sin embargo, los términos de la sentencia resultan un tanto contradictorios cuando a continuación añade: «si bien respecto de la entidad recurrente, *al no haber contratado directamente con los demandantes* y recurridos, pueda decirse, como hace la sentencia impugnada, que se basa en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del mismo Cuerpo legal»; apreciando que hubo negligencia en el INSALUD, el TS insiste después en que de la admisión de su responsabilidad *ex* arts. 1902 y 1903.IV del Código Civil derivaban «consecuencias jurídicas similares a las obtenidas con base en una responsabilidad contractual reconocida en los artículos 1101 y 1106 del mismo Código»; de ahí (esto es, dada la identidad de los resultados a que se llegarían, fuera cual fuera el fundamento de la condena) que el TS desestimara los motivos del recurso en que se aducía aplicación incorrecta de los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil.

⁴⁹ Así lo señala RIVERA FERNÁNDEZ, con cita de varios autores, y tomando él mismo posición en este sentido, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 35 y 36.

⁵⁰ A este supuesto hacía referencia la STS 26 de enero de 1984 y a él aludió la Audiencia en el caso finalmente resuelto por la STS 18 de febrero de 1997, citada *supra*; según la Audiencia, el caso (en que el paciente estaba afiliado a la Seguridad Social) era de responsabilidad contractual pues se daba el requisito de «la existencia de relación jurídica preestablecida inter partes, sea propiamente contractual o análoga, como es la relación de Derecho público similar a un contrato de Derecho privado».

A la doctrina jurisprudencial apuntada en el texto, ya nos referimos *supra*, al final del epígrafe 2.1 y en la nota 8.

⁵¹ Ésta parece ser también la opinión de PANTALEÓN PRIETO, en «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1980.

⁵² Sobre ambas modalidades de gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos *vid.* VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Barcelona 1996, pp. 103 a 107.

de contrato, cuando un sujeto tiene un especial deber de cuidado frente a otro, más allá del genérico deber de no ocasionarle daños, debe responder frente a él del cumplimiento de ese deber, aunque se lo haya encargado a sujetos que no sean dependientes suyos; en este sentido observa Miquel González ⁵³ que «si la *responsabilidad contractual* se impone al deudor también por los auxiliares *independientes*, porque el deudor no puede descargarse de su obligación por servirse de terceros para cumplirla, puede admitirse que lo mismo sucederá en los supuestos en que una persona tenga un deber específico de cuidado a su cargo más allá del genérico *alterum non laedere*». Y es evidente que el INSALUD tiene frente a los afiliados a la Seguridad Social algo más que el deber de no dañarles, en concreto el de prestarles una asistencia sanitaria correcta y conforme al estado actual de la ciencia y a las concretas circunstancias del caso.

El propio TS también ha admitido en diversas ocasiones la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno en casos en que no había dependencia, basándose en que el responsable se había reservado la dirección y vigilancia de los trabajos ⁵⁴; y en las dos modalidades indicadas anteriormente de gestión indirecta de los servicios sanitarios públicos, la Administración controla el servicio prestado en el centro privado: si es concertado, ejerciendo funciones de inspección, entre otros, de los servicios sanitarios, siendo la intervención administrativa mayor si se trata de un centro vinculado, cuya organización entonces se publica ⁵⁵. De hecho, aun sin mencionar para nada el control administrativo de la actividad, el TS no tuvo reparo alguno, en su Sentencia de 6 de octubre de 1994, para estimar la responsabilidad aquiliana del INSALUD en un caso en que la asistencia sanitaria defectuosa se había prestado en una clínica privada concertada (cuyo dueño también fue condenado *ex artículos* 1902 y 1903 del Código Civil).

3. También en este ámbito de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social ha subrayado el Supremo la *inexistencia de una obligación de resultado* a cargo de los centros en que la misma se presta; así, en su Sentencia de 29 de octubre de 1992 destaca cómo la relación entre el centro y el afiliado a la Seguridad Social «no comporta la ineludible obligación de obtener la curación del paciente, sino la de aportar cuantos medios fuesen necesarios y estuviesen dentro de las posibilidades dispositivas del centro en punto a la consecución de la misma».

4. En cuanto al *personal, funcionario o contratado, al servicio del INSALUD* u órgano autonómico paralelo, parece claro que la única responsabilidad civil que podrá exigirle el beneficiario de la Seguridad Social que haya sufrido los efectos dañosos de su actuación negligente es la extracontractual, pues no media entre ambos relación contractual

⁵³ «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Jornadas sobre Responsabilidad Civil organizadas por el CGPJ*, Madrid 1993, pp. 77 y 78 (77).

⁵⁴ *Vid.* a este respecto CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., p. 32. y MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., p. 77.

⁵⁵ Sobre estas cuestiones, *vid.* VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., pp. 105 y 107.

alguna; el facultativo atiende al paciente porque a ello le obliga su relación, funcional o laboral, con el INSALUD ⁵⁶.

El TS sigue esta posición, condenando –en su caso– a dicho personal con base en el artículo 1902 del Código Civil en incontables fallos ⁵⁷. Además la defiende de manera expresa en sentencias como las de 20 de febrero de 1981 (a la que ya nos referimos unas líneas atrás ⁵⁸) y, más recientemente, en la de 22 de abril de 1997; según esta última, la responsabilidad médica es extracontractual «cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato, sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Instituto Nacional de la Salud...».

III. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN ENTRE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LOS DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En las páginas precedentes hemos tratado de delimitar los supuestos en que cabe exigir responsabilidad contractual respecto de aquellos en que la única responsabilidad invocable es la aquiliana. Sin embargo, la trascendencia de tal delimitación se ve considerablemente reducida en la práctica, ante todo por dos razones:

1.^a En primer lugar, porque en la práctica *los regímenes de una y otra se han aproximado sensiblemente*, desdibujándose las diferencias que tradicionalmente se establecían entre ambas. No profundizaremos en este tema, que ya ha sido tratado con detalle en la doctrina ⁵⁹, aunque sí analizaremos, en el siguiente epígrafe, similitudes y diferencias entre los criterios de imputación de responsabilidad que operan en cada uno de los ámbitos, contractual y extracontractual; anticipamos ya, sin embargo, que las diferencias allí señaladas son, más que nada, resultado

⁵⁶ Y tampoco aquí parece haber un contrato en favor de tercero.

No obstante, hay quien entiende que con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992, ya no existe siquiera la responsabilidad civil del personal médico y sanitario del INSALUD frente a los perjudicados, porque ha sido sustituida por la responsabilidad directa del propio INSALUD (así, PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid 1995, pp. 55 ss.); mas la doctrina mayoritaria no comparte esta opinión (sobre este punto *vid. infra*, nota 97).

⁵⁷ Como simple muestra cabe citar las SSTs 13 de octubre de 1992, 25 de noviembre de 1993, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7110) y, entre las más recientes, las de 20 de marzo, 7 de abril, 6 de junio, 9 de junio (Ar. 4731) y 28 de julio de 1997.

⁵⁸ *Vid. supra*, al comienzo de este epígrafe 2.4.

⁵⁹ *Vid. v. gr.*, CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., pp. 19 ss., y MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 61 ss.

de un análisis teórico atento a la letra de la Ley y, en su caso, de una revisión crítica de lo que ocurre en la práctica, en la que en realidad pocas diferencias se aprecian.

Por lo demás, la diferencia más llamativa, y desde luego subsistente, es el distinto plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad contractual (el general de quince años del artículo 1964 del Código Civil) y extracontractual (el año previsto en el art. 1968.2.º del Código Civil).

2.^a Cuando el hecho dañoso sea subsumible en el supuesto de hecho de las normas de uno y otro régimen, el TS admite que *el perjudicado puede optar por la acción, contractual o extracontractual, que prefiera* ⁶⁰. Esto es, no hay opción cuando entre dañado y dañante no hubiese ninguna relación jurídica previa, de origen contractual o no ⁶¹: la única responsabilidad civil exigible es entonces la extracontractual ⁶². En cambio, según observa el Supremo, «cuando un hecho dañoso sea violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales, que da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una o por otra, e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a aquéllos; todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible» (así, la STS 15 de febrero de 1993, que cita la de 6 de octubre de 1992, y cuya doctrina reproducen, entre otras, las SSTS de 1 de febrero y 27 de septiembre de 1994, 18 de febrero, 28 de junio y 31 de diciembre de 1997 y 21 de abril de 1998) ⁶³.

Esta opción sería útil, por razones de economía procesal, si se entendiera que en los casos descritos (hecho dañoso subsumible en los dos regímenes jurídicos) hay dos *causae petendi* distintas, la basada en las normas de responsabilidad contractual y la basada en las de la extracontractual, de tal modo que el Juez no podría variar la *causa* invocada sin incurrir en incongruencia ⁶⁴; si esto fuera así y el actor no pudiera

⁶⁰ Sobre las vacilaciones apreciables en la doctrina del Supremo a propósito de la admisibilidad o no de esta opción *vid.* PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», cit., pp. 1266 y 1267, y «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1979; no obstante, ya en 1984 observaba el mismo autor («Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», *CCJC* n.º 5, 1984, p. 1653.) cómo el Alto Tribunal se inclinaba por la posibilidad de opción cuando mediaba un arrendamiento de servicios profesionales. Véase también el análisis doctrinal y jurisprudencial de CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., pp. 81 a 84 y 87 ss.

⁶¹ Sobre la posibilidad de calificar de contractual la responsabilidad en casos en que preexiste una relación jurídica aunque no sea estrictamente contractual, *vid.* lo apuntado *supra*, al final del epígrafe 2.1 y la nota 8.

⁶² Aparte de la posibilidad, indicada en su momento, de apreciar en determinados casos la existencia de un cuasi contrato.

⁶³ Confiere también al perjudicado la elección entre unas y otras normas en estos casos la STS 7 de febrero de 1990, que, sin embargo, no menciona la posibilidad de limitarse a proporcionar al Juez los hechos fundamentadores de la demanda.

⁶⁴ Véase a este respecto PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», cit., pp. 1658 y 1659, y «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1981.

optar, su pretensión no podría estimarse cuando hubiera ejercitado la acción «equivocada», por muy justificada que aquella fuera: así, si en el caso de que hubiese una relación contractual preexistente se entendiera que el perjudicado tiene que ejercitar necesariamente la acción de responsabilidad contractual y en su lugar hubiese ejercitado la extracontractual, la misma nunca podría estimarse, teniendo que iniciarse un nuevo proceso en el que se hiciera valer la *causa petendi* procedente. En cambio, admitiendo la opción o, como también se ha denominado, la «tesis de la acumulación», no existiría ese peligro pues aunque hubiese un contrato entre las partes, el dañado siempre podría elegir la acción de responsabilidad que quisiera.

Ahora bien, ¿es éste el punto de vista del Supremo en las sentencias citadas? En ellas no sólo se reconoce la opción del damnificado, sino que, además, se le permite limitarse a proporcionar los hechos al Juez para que sea éste el que aplique las normas que procedan. Y esto último –parece– presupone entender que la *causa petendi* en estos casos es una sola: la que configura el relato fáctico que justifica el *petitum*, mas no la fundamentación jurídica del mismo⁶⁵; concretar dicho fundamento es tarea del Juez, en virtud del principio *iura novit curia*; el propio TS admite esto en su ya citada Sentencia de 18 de febrero de 1997, al señalar que cuando el mismo hecho dañoso configura tanto un supuesto normativo como otro (el de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual), ello «determina, en términos procesales, un concurso de normas coincidentes en una misma pretensión, fijada en lo sustancial por la unidad de los acontecimientos históricos que justifican el *petitum indemnizatorio*»⁶⁶. Y en unos términos muy similares a los del texto antes citado de Pantaleón Prieto⁶⁷, continúa: «Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el per-

Revisando planteamientos anteriores, PANTALEÓN PRIETO («Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978) subraya la necesidad de distinguir la pretensión en sentido procesal de la pretensión en sentido material, en lo que nos centraremos aquí brevemente, para comprender mejor lo que se expone a continuación en el texto. Destaca este autor (y la idea, como en seguida veremos, se acoge también por el TS) que la *causa petendi* que, junto al *petitum*, define la pretensión procesal, viene configurada por los hechos en que se basa la demanda (no por su fundamentación jurídica); esos hechos pueden, al mismo tiempo, configurar los supuestos de hecho de varias pretensiones en sentido material. Para PANTALEÓN, las normas de responsabilidad contractual y extracontractual fundamentan dos pretensiones –añadimos: materiales– distintas; pero pretensión en sentido material no es lo mismo que pretensión en sentido procesal; pretensión procesal (que es –observa PANTALEÓN– la que marca los límites de la incongruencia, la litispendencia y la cosa juzgada), entendida como hemos visto, hay sólo una, y *causa petendi* también.

Ahora nos referimos en el texto a las consecuencias a que conduciría precisamente el planteamiento contrario a éste que acabamos de exponer: esto es, la consideración de que, no sólo hay dos pretensiones (materiales) distintas, sino también dos causas de pedir diferentes.

⁶⁵ Así también RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 34.

⁶⁶ Se habla, por tanto, de pretensión en sentido procesal y no de pretensión material.

⁶⁷ El «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978, al que aludíamos en la nota 64.

judicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La *causa petendi* que con el *petitum* configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico. La jurisprudencia de esta Sala se ha decantado en esta línea, conforme al concepto de unidad de culpa»⁶⁸. Más adelante, reiterando la doctrina sentada por la STS 1 de febrero de 1994, el Supremo añade: «... amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa peten-*

⁶⁸ En efecto, ya en 1993 observaba PANTALEÓN PRIETO («Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978) que esa era la línea en que se movía la jurisprudencia, citando sentencias del TS fechadas entre 1985 y 1989.

Lo que ocurre es que si la *causa petendi* viene determinada sólo por el relato fáctico que sirve de base a la demanda, y esto justifica que la fundamentación jurídica no vincule al tribunal, desde este planteamiento parece que lo mismo habría que entender respecto del propio actor, quien, por tanto, debería poder variar a lo largo del proceso dicha fundamentación siempre que los hechos alegados permanecieran inalterados. Tal posibilidad de cambio fue negada por la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731), que, tras admitir la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual en los casos a que venimos refiriéndonos, así como la posibilidad de optar por una u otra acción, añade: «En el caso presente la recurrente ejercitó... la acción extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, la que enjuició la sentencia recurrida. *Al haber optado por ella no procede desplazar la cuestión al ámbito de la culpa contractual*, conforme reiterada doctrina jurisprudencial»; parece, pues, que esta sentencia no concibe la *causa petendi* en el sentido que antes indicábamos; no obstante, esta decisión no perjudicó a la actora, cuyo recurso de casación fue estimado por otros motivos, declarándose así finalmente la responsabilidad extracontractual de los demandados (un médico y el INSALUD). La STS 7 de abril de 1997, citada por ésta de 9 de junio de 1997, acoge la misma tesis (ambas son del mismo Ponente, Excmo. Sr. Villagómez Rodil), aunque también sin mayores consecuencias para la demandante; en este caso fue el médico condenado *ex* artículo 1902 del Código Civil, quien en su recurso de casación adujo aplicación indebida del mismo y no aplicación del artículo 1104 del Código Civil: según el Supremo, al ser la extracontractual la única acción planteada, «no se permite desplazar la cuestión al ámbito de la culpa contractual del artículo 1104...».

Este diverso planteamiento se encuentra también en otras sentencias del TS, dictadas fuera del ámbito de la responsabilidad médica, como la de 29 de noviembre de 1994 y las recientes de 24 y 26 de diciembre de 1997, entre otras. Esta última, por ejemplo, subraya que la doctrina jurisprudencial consagrada en la STS 6 de octubre de 1992 y otras posteriores a propósito de la yuxtaposición de responsabilidades (y que reproducíamos *supra*, en la sección 2.ª de este epígrafe III) «carece de aplicación al supuesto en el que la propia parte, de manera expresa y categórica, opta por ejercitar única y exclusivamente la acción correspondiente a una de esas dos clases de responsabilidad, pues en ese caso... *el juzgador solamente puede resolver la acción ejercitada conforme a las normas propias de la clase de responsabilidad invocada, sin que le sea posible aplicar las específicas y privativas normas de la otra clase de responsabilidad...*, ya que, si así lo hiciera, cambiando la única y exclusiva acción ejercitada, vendría a alterar, sustancialmente, la *causa petendi* de la demanda y a dejar a la otra parte en una situación de evidente... indefensión».

Sobre las cuestiones aquí apuntadas y las diferentes formas de concebir la *causa petendi*, *vid.* TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia...*, obra conjunta con Cavanillas Múgica, ya citada, pp. 207 ss.

di en términos tales que admitan... calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente, salvado –por iguales hechos y sujetos concurrentes– el carácter único de la indemnización, no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso». Idéntica doctrina se reitera en las SSTs de 6 de mayo y 9 de junio de 1998.

Observa Pantaleón Prieto⁶⁹ que, así concebida la pretensión en sentido procesal, el TS puede desestimar los recursos de casación en que el demandado aduzca la indebida aplicación de las normas de una u otra responsabilidad; para ello le bastará argumentar que, aplicando las reglas de la otra responsabilidad, se llegaría al mismo resultado, con lo que implícitamente estará diciendo que el juzgador puede aplicar las normas de la otra responsabilidad sin incurrir en incongruencia por cambio de la causa de pedir. En efecto, la misma STS 18 de febrero de 1997 se vale de este argumento; en el caso, un afiliado a la Seguridad Social había ejercitado la acción de responsabilidad extracontractual, entre otros, contra el Instituto Catalán de la Salud; éste fue condenado por la Audiencia, que aplicó el régimen de la responsabilidad contractual; el Instituto adujo, de un lado, incongruencia de la sentencia recurrida por cambio de la *causa petendi* (lo que el Supremo desestimó con los argumentos transcritos *supra*) y, de otro, aplicación indebida, por parte de la Audiencia, del régimen contractual dado que faltaba cualquier relación previa entre las partes; a este respecto el Tribunal Supremo no sólo considera lógica la interpretación hecha en la sentencia recurrida sino que, además, señala: «si por un fundamento jurídico distinto hubiera de llegarse al mismo resultado condenatorio, ninguna influencia tendría ello sobre la suerte del recurso de acuerdo con la doctrina notoria de esta Sala que entiende que, en supuestos de esta naturaleza el cambio de fundamentación no produce la casación de la sentencia».

Si se admite que el Juez puede variar la fundamentación jurídica, no importaría entender que la opción entre las acciones no es posible y que, siendo el daño consecuencia de la infracción de una obligación contractual, habría que ejercitar en todo caso la acción de responsabilidad contractual: porque si el dañado, equivocadamente, ejercitara la aquiliana, el Juez podría justificar la condena en la normativa procedente (contractual) sin incurrir por ello en incongruencia, pues la *causa petendi* no se habría alterado; de este modo quedaría ya suficientemente protegido el interés del dañado, de no tener que iniciar un nuevo proceso por el simple hecho de haber invocado la normativa incorrecta⁷⁰. Sin embar-

⁶⁹ «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1978.

⁷⁰ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1979; también RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 34 y 35.

go, como hemos visto, el TS admite en diversas sentencias tanto la opción entre ambas acciones como la idea de que lo que configura la *causa petendi* es únicamente el relato fáctico que fundamenta la demanda.

Para terminar, podríamos preguntarnos si, en esta situación, *supone alguna ventaja para el perjudicado la posibilidad de optar* por el régimen de responsabilidad extracontractual cuando el hecho dañoso sea subsumible en su supuesto normativo a la vez que en el de la responsabilidad contractual ⁷¹.

Como podremos comprobar en la exposición que sigue, ninguna ventaja se aprecia en orden a los *criterios de imputación* de responsabilidad en la práctica ⁷². Tampoco en lo que se refiere al *plazo de prescripción*, mucho más breve conforme al artículo 1968.2.º del Código Civil que de acuerdo con el artículo 1964 del Código Civil. En cuanto a la posibilidad de exigir una *reparación íntegra* del daño, no sujeta a las limitaciones del artículo 1107 del Código Civil, no es ya sólo que, como observa Pantaleón ⁷³, el proporcionar esa ventaja sería ya un fuerte argumento en contra de la tesis de la acumulación, sino que, si contemplamos los casos de responsabilidad médico-sanitaria, lo habitual es que en las sentencias se omita cualquier referencia a los criterios tenidos en cuenta para calcular la indemnización; y ni siquiera cuando la declaración de responsabilidad se basa en la normativa contractual se hace alusión alguna al artículo 1107 del Código Civil ⁷⁴. Por último, cuando son *varios los responsables* del mismo daño, la ventaja que para el demandante resultaría de la doctrina jurisprudencial favorable a la solidaridad en el ámbito extracontractual frente al principio contrario de que parte el artículo 1137 del Código Civil, en la práctica puede no apreciarse, pues la jurisprudencia también tiende a «corregir» el citado precepto en favor de la solidaridad ⁷⁵; en la misma hipótesis de pluralidad, si la responsabilidad de unos es contractual y la de otros extracontractual, el TS también tiende a admitir la solidaridad entre ellos ⁷⁶.

⁷¹ Cuestión que ya se plantea, en términos generales y no pensando en el concreto caso de los servicios médicos, PANTALEÓN PRIETO en su «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», cit., pp. 1654 ss., y, después, en «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., pp. 1980 y 1981.

⁷² Otra cosa es el planteamiento dogmático o, en su caso, la crítica que a la misma pueda hacerse, a la vista del tenor de la Ley.

⁷³ «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1981.

⁷⁴ También CAVANILLAS MÚGICA (*La concurrencia...*, cit., p. 34) subraya la escasa aplicación del artículo 1107 del Código Civil como fundamento efectivo del fallo en los casos de responsabilidad contractual en general.

⁷⁵ Vid. al respecto CAVANILLAS MÚGICA, *La concurrencia...*, cit., pp. 40 ss., y MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 72 y 73, con cita de sentencias del Supremo en esta línea.

⁷⁶ Sobre este punto vid. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1980.

IV. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ÁMBITO MÉDICO-SANITARIO. EN PARTICULAR, LA VIRTUALIDAD DE LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN

4.1 LA RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DEL CENTRO SANITARIO

4.1.1 Responsabilidad patrimonial de la Administración

1. Puesto que la asistencia sanitaria de la Seguridad Social es un servicio público ⁷⁷, cuando de su prestación resulten daños para el paciente entrará en juego la llamada responsabilidad patrimonial de la Administración, esto es, en nuestro caso, la del órgano competente para su gestión y administración ⁷⁸. Dicha responsabilidad se encuentra regulada en la actualidad en los artículos 139 y ss. LRJPA. En consonancia con el artículo 106.2 CE, el artículo 139.1 LRJPA consagra el mismo principio que ya plasmara el artículo 40.1 LRJAE (derogado, entre otros preceptos de la misma Ley, por la LRJPA): «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

⁷⁷ Con frecuencia, la Sala 1.ª del TS no lo ha entendido así, con el argumento de que «cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social... realizan actuaciones de atención médica-sanitaria respecto a los particulares, no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotados de *ius imperium*, ni ejercitan actividad de prestación de servicios públicos, sino en el de una relación de Derecho privado, a modo de empresarios obligados a procurar la curación de un lesionado o enfermo, con aplicación de... el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...» (STS 18 de febrero de 1997; en idéntica línea, aparte de las que menciona esta misma sentencia o RIVERA FERNÁNDEZ en la nota 16 de su ya citada obra *La responsabilidad...*, las SSTs de 12 de febrero de 1990 [AC, ref. 181/91], 16 de julio de 1991, 12 y 24 de junio de 1997). Con ello la Sala 1.ª del TS lo que pretende es, en definitiva, justificar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones indemnizatorias dirigidas contra la Administración, sacando el supuesto del ámbito del –hoy ya derogado– artículo 40 LRJAE (lo que hacía precisa una interpretación restrictiva de la expresión de su párrafo primero «funcionamiento del servicio público») para incardinarlo en el del artículo 41 LRJAE (que, antes de ser derogado por la LRJPA, remitía a los tribunales ordinarios los supuestos de responsabilidad de la Administración cuando el Estado actuara en relaciones de Derecho Privado).

Esta tesis ha sido severamente criticada por alguna doctrina, que no duda en calificar de servicio público la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (así, por ejemplo, PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., p. 20 y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...* cit., pp. 19 y 20, este último con cita de otros autores de idéntica opinión en la nota 18 de su monografía); *vid.* asimismo VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., pp. 80 a 84 y la sentencia citada en la siguiente nota de este trabajo.

⁷⁸ En este sentido afirma la STS (Sala 4.ª) de 5 de junio de 1991: «es claro que la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD a los beneficiarios de la Seguridad Social, está

Se consagra así una *responsabilidad objetiva* para cuya exigencia basta, según la interpretación común del precepto, con acreditar la *relación de causalidad* entre la actividad administrativa y el resultado dañoso ⁷⁹, esto es, en lo que aquí interesa, entre la asistencia sanitaria prestada por el INSALUD u órgano equivalente y los daños padecidos por quien la recibió; como criterio de imputación de la lesión (entendida como daño inferido al particular «que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»: artículo 141.1 LRJPA) a la Administración de que se trate opera tanto el funcionamiento normal o anormal del servicio público como la idea del riesgo ⁸⁰. A los efectos de liberarse de responsabilidad, de nada le servirá a la Administración probar que la asistencia prestada fue irreprochable y que ni de parte del centro ni de la del personal a su servicio hubo negligencia alguna.

2. Lo único que puede eximir a la Administración de su obligación de responder es acreditar la concurrencia de un suceso de *fuera mayor*, esto es, un suceso ajeno a su actividad, absolutamente imprevisible o que, aun pudiendo preverse, sea inevitable ⁸¹. Como tal cabría conside-

englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal, y máxime si está regido por el principio de eficacia, es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, lesión que ha de ser indemnizada salvo que sea debida a fuerza mayor, como previene el artículo 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en concordancia con el artículo 106.2 de la CE».

⁷⁹ Así lo destacan, entre muchas, las sentencias del TS (Sala 3.ª) 16 de diciembre de 1997 y 4 y 20 de mayo de 1998, con cita de otros fallos de la misma Sala en idéntico sentido.

⁸⁰ En este sentido y, en general, sobre las características de este régimen de responsabilidad *vid.* MARTÍN REBOLLO, «Responsabilidad de la Administración», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid 1995, p. 5927 y la bibliografía que cita en la p. 5932.

Crítico frente a la interpretación dominante del régimen legal de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas se muestra PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 65 ss., en especial 75 ss.); mantiene PANTALEÓN (pp. 81 ss.) que la responsabilidad por funcionamiento normal de los servicios públicos ha de circunscribirse a los que denomina «daños cuasixpropiatorios o de sacrificio», que serían la consecuencia directa y connatural de actuaciones administrativas lícitas, pero que al perjudicado no le es exigible soportar; a su juicio, de los «daños producto de accidentes» sólo debe responder la Administración si son consecuencia del anormal funcionamiento de un servicio público, debiendo limitarse su responsabilidad objetiva por riesgo a los supuestos en que así lo dispongan leyes especiales, igualmente aplicables a los particulares (como la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor), respecto de lo cual nada viene a decir el artículo 139.1 LRJPA.

⁸¹ A la fuerza mayor habría que añadir *cualquier otra circunstancia que rompa el nexo causal* entre la asistencia prestada y el daño, como la culpa exclusiva de la víctima (*v. gr.*, por automedicarse –*vid.* la STS 5 de diciembre de 1994– o por no seguir las indicaciones médicas; a esta cuestión y su tratamiento judicial –sobre todo por las Audiencias Provinciales –se refiere RIVERA FERNÁNDEZ, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 65 y 66–; en cambio, para VILLAR ROJAS –*La responsabilidad...*, cit., pp. 157 y 158–, la conducta del paciente no puede llegar a exonerar de responsabilidad a la Administración, sino que, todo lo más, podrá valorarse como causa concurrente en la producción del daño), o la intervención de un tercero (por ejemplo, porque los padres del menor enfermo no acceden a que se le haga a su hijo la prueba propuesta por el médico y con la cual se habría podido diagnosticar y tratar convenientemente la dolencia; un supuesto de este tipo fue resuelto por la STS 31 de julio de 1997, que, no obstante, plantea el tema desde el punto

rar, por tanto, una imprevisible anomalía anatómica del paciente ⁸², o una reacción extraña del organismo humano que fuera imprevisible o que, aun siendo previsible, resultara inevitable.

Como ejemplo de lo dicho en último lugar puede citarse el caso resuelto por la STS 27 de junio de 1997; una mujer había quedado embarazada después de someterse a una ligadura de trompas; demandó, en exigencia de responsabilidad civil extracontractual, a dos médicos y al INSALUD; desestimada la demanda en primera y segunda instancia, en el recurso de casación invocó, junto a otros motivos, la responsabilidad objetiva del artículo 106.2 CE; el TS lo desestimó apuntando, entre otras razones, que *«el resultado no fue consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (normal o anormal), sino de la imprevisible naturaleza humana o, mejor aún, con la previsión advertida a la paciente de que, según la literatura médica, a pesar de la operación se producen de 1 a 3 por 1.000 de embarazos, lo que lleva a considerar el caso como asumido por ella y de fuerza mayor, pues, previsto el posible resultado, fue inevitable, presentándose como irresistible e insuperable»* ⁸³.

de vista de la ausencia de culpa en el médico que aconsejó la prueba no consentida por los padres, absolviendo al médico y al INSALUD con base en los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil).

Esta idea es apuntada por la Sala 3.^a del TS, entre otras, en su Sentencia de 6 de febrero de 1996, cuando indica: «... la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere la existencia de un nexo causal, directo e inmediato, entre el acto imputable a la Administración y la lesión causal... habiendo precisado constantemente la jurisprudencia, como han puesto de manifiesto las Sentencias de 20 octubre 1980 y 10 junio 1981, que *el nexo de causalidad ha de ser exclusivo, sin interferencias extrañas procedentes de terceros o del propio lesionado*». Por su parte, la STS (Sala 3.^a) 16 de diciembre de 1997 subraya que incumbe a la Administración la prueba de la circunstancia determinante de la ruptura del nexo causal (sea fuerza mayor, sea –en términos de la sentencia– dolo o «gravísima negligencia» de la víctima en la producción del daño).

⁸² En un caso de lesión del nervio ciático con motivo de la administración de una inyección, la STS 20 de febrero de 1992 confirmó la sentencia absolutoria recurrida por el demandante; lo hizo reiterando la clásica doctrina de que «en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva», pero los mismos hechos cuya consideración le llevaron a concluir la ausencia de culpa del demandado podían haberle servido para exonerarle de responsabilidad, aunque ésta hubiera sido objetiva, por concurrir una circunstancia de fuerza mayor; tales hechos fueron, tal y como consta en la misma sentencia, que «la punción en el nervio ciático se produjo por estar éste situado *fuera del lugar en que anatómicamente era previsible su ubicación*; y... el demandante no advirtió al demandado la existencia de esta anomalía anatómica, (quizás por ignorarla) y sin que, en cualquier caso, fuera apreciable de un modo directo la misma, motivo por el cual el evento dañoso se produjo de un modo imprevisible».

⁸³ Nótese que para la exoneración de responsabilidad fue determinante el que se hubiese informado debidamente del riesgo de fracaso de la operación a la paciente (a la relevancia de la obligación de información, sobre todo en los casos de medicina voluntaria, ya aludimos *supra*, en los apartados 1 y 2 del epígrafe 2.2).

Un supuesto similar al de la sentencia citada en el texto fue el resuelto por la STS de 11 de febrero de 1997 (si bien en el ámbito de la medicina privada), en el que un matrimonio demandó al cirujano que había practicado una vasectomía al marido (por responsabilidad contractual) y a los dos analistas (por vía extracontractual) que posteriormente habían practicado los espermogramas que habían constatado el éxito de la operación, cuando la esposa quedó embarazada poco después de que el cirujano, a la vista de los aná-

Existen, no obstante, sentencias en las que el requisito del nexo causal se afirma con que medie un mero concatenamiento mecánico causa-efecto entre actuación médica y resultado dañoso, sin atenderse a las extrañas reacciones del organismo del paciente como circunstancias constitutivas de fuerza mayor exoneratoria; como muestra de ello puede servir la STS (Sala 3.^a) 14 de junio de 1991⁸⁴, a propósito de un supuesto en que una mujer operada en una Residencia de la Seguridad Social sufrió graves secuelas a resultas de la intervención, aunque en todo el tratamiento se había observado la diligencia debida; el TS estimó la pretensión indemnizatoria y condenó al INSALUD, subrayando –en cita de la Sentencia de la misma Sala de 28 de mayo de 1991– que «alegar en estos casos ausencia de dolo o culpa, impericia o negligencia resulta intrascendente y por ello para nada hemos de profundizar en las concretas acciones u omisiones de los intervinientes, porque, en definitiva,... se está en presencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración que... tiene carácter objetivo tal, que hace... innecesaria la justificación de que el hecho desencadenante del resultado que la determina no radique, propiamente, en el ejercicio de un servicio público...»; el Tribunal confirmó la sentencia apelada, considerando incontestables las consideraciones del tribunal de apelación, para quien la intervención del médico tan sólo debía contemplarse desde «la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material,... en la producción de un resultado. Lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un centro de la Seguridad Social... La decisión de atender prioritariamente a la resolución del aneurisma del lado derecho (opción legítima desde las reglas de la *lex artis*) resultó *a posteriori*... desacertada, convirtiéndose en una de las concausas relevantes a la hora de valorar, desde una pura perspectiva de la causalidad material de los actos, las consecuencias lesivas de la operación». Si el daño se produjo a pesar de que el médico obró

lisis, informara a la pareja de que no existía riesgo de embarazo; la demanda fue desestimada en todas las instancias y el TS, aludiendo a la concurrencia del caso fortuito previsto en el artículo 1105 del Código Civil, subrayó que si «mediante los análisis espermio-gráficos necesarios se dictamina la infertilidad del varón de acuerdo con las reglas de la ciencia médica... no puede imputarse al médico un fallo que tenga por causa *un comportamiento extraordinario y no previsible de la fisiología del sujeto*» (ante la contundencia de los resultados analíticos, el propio TS parece poner en duda la paternidad del marido, pues a lo anterior añade cómo, además, aquélla no se había probado por los demandantes, siendo como era hecho constitutivo de la demanda); el TS razona sobre todo en términos de ausencia de culpa para desestimar el recurso, aun cuando en él se invocó también la responsabilidad objetiva consagrada en los artículos 25 a 29 LGDCU; a este respecto, el TS se conformó con reafirmar el carácter subjetivo de la responsabilidad médico-sanitaria, sin tener, por tanto, que aducir falta de nexo causal a los efectos de excluir también una eventual responsabilidad de orden objetivo.

⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 73 a 75) juzga negativamente esta resolución, que, a su entender, aplica la interpretación dominante (también criticada por él: *vid. supra*, nota 80) del régimen legal de la responsabilidad de la Administración; desde nuestro punto de vista, sin embargo, creemos que aun desde esa interpretación, el fallo debería haber sido otro, de haberse apreciado la concurrencia de fuerza mayor.

correctamente, o si –como dice la sentencia– la legítima opción del médico resultó desacertada *a posteriori* porque la reacción del organismo de la operada no fue la que era de esperar, ¿no habría que considerar esa extraña reacción de la paciente como evento de fuerza mayor que rompe el nexo causal entre la intervención y el daño?

3. Esto no significa que siempre que el tratamiento médico sea el correcto por ajustarse a la *lex artis ad hoc* tenga que descartarse la existencia de nexo causal entre el mismo y el resultado dañoso, porque deba entenderse que este último es el fruto de la propia dolencia o de una imprevisible reacción del organismo del paciente. El daño puede no ser resultado ni de una reacción de este tipo, ni de la dolencia misma, ni de una negligencia médica o asistencial, sino de riesgos que, cuando la responsabilidad es objetiva, quedan dentro de la órbita de la asistencia sanitaria, en nuestro caso, del servicio público de la asistencia sanitaria; se trataría de *eventos imprevisibles pero que, por no ser ajenos o extraños a la actividad o el servicio, no pueden considerarse constitutivos de fuerza mayor* exoneradora cuando, como aquí, estamos ante una responsabilidad de carácter objetivo.

3.1 La *transmisión del virus de inmunodeficiencia adquirida por vía sanguínea* nos ofrece un ejemplo de lo que queremos decir. Antes de conocerse el virus mismo y las vías de contagio, el empleo en medios hospitalarios de sangre y hemoderivados que después resultaron estar contaminados, produjo los desgraciados efectos que todos conocemos; algo similar ocurrió con la hepatitis C. Es evidente que los contagios así producidos no podían imputarse a negligencia alguna en la intervención médico-sanitaria mientras nada se conocía de estos virus ni se podía sospechar cuáles eran sus vías de transmisión; en esta medida, una responsabilidad civil basada en la culpa quedaría descartada; no así, en cambio, la responsabilidad objetiva pues, por mucho que fuera imprevisible la transmisión de la enfermedad a aquel al que se le practicaba la transfusión, ésta es una eventualidad que no es extraña al servicio prestado, sino un riesgo propio del mismo. De igual modo que el conductor de un vehículo no puede quedar exonerado de su responsabilidad objetiva aduciendo que el accidente no se debió a culpa suya sino al fallo mecánico del coche ⁸⁵, o que el cazador tampoco se librará del mismo tipo de responsabilidad aduciendo que fue su escopeta la que falló ⁸⁶, porque en ambos casos estamos ante «acontecimientos que ocurren dentro de su círculo de actuación» ⁸⁷ o riesgos propios de la actividad que estaban

⁸⁵ Según dispone el artículo 1.2 de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, no se consideran casos de fuerza mayor a efectos de quedar exonerado de la responsabilidad que la Ley establece, los defectos del vehículo «ni la rotura o fallo de algunas de sus piezas o mecanismos».

⁸⁶ Según el artículo 35.6.ª) del Reglamento de la Ley de Caza, quedan excluidos de la fuerza mayor a que alude el artículo 33.5º de la Ley de Caza para liberar al cazador de responsabilidad, «los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones».

⁸⁷ DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, reimpresión de la 6.ª ed., de 1989, pp. 605 y 606 (606).

desarrollando, el titular del servicio médico-asistencial llamado a responder objetivamente no podrá exonerarse por que el daño sea resultado de un fallo o un defecto detectado en los medios (sean sustancias, instrumental o maquinaria) que emplea en su actividad, por muy imprevisible que el fallo fuera.

Por ello, cuando se ha demandado a la Administración en casos de transmisión del virus del SIDA con ocasión de una intervención practicada en un centro público, haciéndose valer su responsabilidad patrimonial, el TS ha estimado la pretensión⁸⁸. Sirva de ejemplo la STS (Sala 3.ª) de 6 de febrero de 1996; la viuda y los hijos de un hombre que había fallecido de SIDA cinco años después de que en una transfusión (verificada en noviembre de 1984) se le transmitiera el virus en la UCI de un hospital dependiente del Servicio Andaluz de Salud, demandó a la Junta de Andalucía en petición de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública; habiendo condenado el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a la Junta al pago de una indemnización de 20 millones de pesetas, la demandada recurrió al Supremo aduciendo que la causa de la infección fue un elemento externo a la prestación del servicio, concretamente la existencia en el mercado farmacéutico de un producto debidamente registrado (el hemofactor que contenía el VIH que se le había transfundido al paciente) y que había pasado los controles sanitarios exigidos; puesto que ni la Junta ni su Servicio de Salud habían fabricado, autorizado ni registrado ese medicamento –mantenía la recurrente–, no podían imputársele sus deficiencias cuando, confiados en los productos sanitarios de los fármacos registrados, los utilizó. El TS, en cambio, no consideró el acontecimiento como un suceso externo al servicio apto para romper el nexo causal: «Aun cuando este razonamiento es estimable –señala– y pudiera dar lugar a que la Junta de Andalucía y su Servicio de Salud formularan las reclamaciones que estimaran oportunas, *es obvio que no rompe la relación de causalidad entre los daños... infringidos a don Francisco... y la transfusión de hemofactor...* que le transmitió el virus de la inmunodeficiencia humana»; en consecuencia, confirmó la sentencia recurrida⁸⁹.

⁸⁸ De ahí también que la Administración tratara de evitar la avalancha de demandas de responsabilidad promulgando el Real Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, en el que, a cambio de la renuncia previa a la correspondiente acción judicial, establecía un sistema de ayudas para las personas contaminadas con VIH (o determinados sujetos próximos a ellas) por transfusiones practicadas dentro del sistema de sanidad pública o que, dentro del mismo, hubieran recibido tratamiento con hemoderivados antes de que se estableciera la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH.

Obviamente, en caso de ejercicio de la correspondiente acción, los tribunales pueden fijar la indemnización que tengan por conveniente sin que les vinculen las cuantías previstas en esta normativa; así lo ha subrayado el TS, por ejemplo en sus Sentencias de 11 y 26 de febrero de 1998, destacando, además de que el *quantum* indemnizatorio se rige por el arbitrio judicial, que el referido Real Decreto-Ley no es de aplicación obligatoria por los Tribunales, puesto que regula la concesión de «ayudas públicas».

⁸⁹ Vid. asimismo la STS (Sala 4.ª) de 5 de junio de 1991, estimatoria también de la responsabilidad patrimonial de la Administración en un caso de contagio de hepatitis C por transfusión practicada antes de que se hubiera aislado el virus.

3.2 Un supuesto similar al de la sangre contaminada es el de los medicamentos defectuosos⁹⁰ o con efectos secundarios o incompatibilidades desconocidas al momento de su aplicación. *Cuando el medicamento sea defectuoso* (por ejemplo, porque una partida se haya elaborado deficientemente o se haya deteriorado), ocasionando así daños al paciente al que se le aplica, creemos que la solución ha de ser la

A pesar de las ventajas que ofrece al demandante un régimen de responsabilidad objetiva como éste, varios supuestos similares a los que acabamos de comentar se han llevado por la vía civil, resolviéndose con la normativa del Código Civil y entrando en el examen de la concurrencia de la culpa en el caso concreto. Así, por ejemplo, el TS (Sala 1.ª) halló argumentos para apreciarla en varios casos de este tipo resueltos recientemente (y eso que, como en seguida veremos, en el primero de ellos, la transfusión causa del contagio se practicó con bastante anterioridad a la del supuesto de la STS –Sala 3.ª– de 6 de febrero de 1996: por tanto, cuando aún era menos lo que podía saberse sobre el virus en cuestión):

1.º En primer lugar, la *STS 18 de febrero de 1997* condenó al Instituto Catalán de la Salud a pagar una indemnización de 40 millones a la viuda de un hombre (demandante inicial que, a su muerte, fue sustituido por aquélla) que falleció de cirrosis hepática seis años después de que, en marzo de 1983, se le transmitieran los virus de la hepatitis C y del SIDA al transfundírsele productos hemoderivados (procedentes, por cierto, de los mismos laboratorios que habían suministrado el hemofactor en el caso resuelto por la STS –Sala 3.ª– de 6 de febrero de 1996, comentada *supra*). El Instituto, que ya había sido condenado por la Audiencia Provincial de Barcelona con base en las reglas de la responsabilidad civil contractual, adujo en su defensa, y entre otros motivos del recurso de casación, que no había habido negligencia de su parte, al utilizar un producto sometido a las comprobaciones legalmente exigidas. Sin embargo, de la prueba pericial practicada resultó que ya en el primer semestre de 1983 (esto es, en la época en que se practicó la transfusión) se conocía la existencia de un alto porcentaje de contagios de hepatitis no-A, no-B y de SIDA por vía de transfusión de sangre; en consecuencia, a juicio del TS, los servicios médicos tendrían que haber reducido las transfusiones a los supuestos de riesgo vital en que no hubiera tratamiento alternativo, informando, en todo caso, al enfermo de los riesgos de dicha transfusión; dado que no quedó acreditado ni lo uno ni lo otro, el TS basó la responsabilidad del Instituto Catalán de la Salud en el «actuar y omitir culposo, con culpa profesional... de sus facultativos».

2.º La *STS 24 de junio de 1997* (contagio de SIDA en centro público por transfusión verificada en noviembre de 1984) condenó a la Generalitat de Cataluña basándose, con una argumentación un tanto confusa, en los artículos 1902 del Código Civil y 41 LRJAE, y en que la dirección del hospital no obró diligentemente porque, conociendo la posible contaminación de la sangre, no adoptó medida alguna para evitar el contagio ni informó al paciente, lo que llevó al TS a afirmar que la muerte del sujeto la produjo «el funcionamiento anormal del servicio».

3.º La *STS 11 de febrero de 1998* justifica la culpa del INSALUD –a los efectos de afirmar su responsabilidad extracontractual– en el incumplimiento, por parte del Hospital en que se verificó la transfusión de sangre infectada, de la normativa vigente sobre control de sangre donada por terceros.

4.º Finalmente, la *STS 26 de febrero de 1998* condena al Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña por no haber establecido a tiempo la obligatoriedad de los *test* ya existentes de detección del SIDA (no lo hizo hasta una Orden de 10 de octubre de 1986, mientras que al demandante se le transfundió sangre portadora del virus de febrero a abril del mismo año); a diferencia de la Sentencia de 18 de febrero de 1997 a que aludíamos unas líneas atrás, en ésta el TS considera irreprochable la actuación de los médicos codemandados porque la Generalitat «no (les) proveyó de los medios adecuados, económicos o en su materialidad», de donde resulta que «actuaron sin la culpa contemplada en los artículos 1101 ó 1902 del Código Civil, incidiendo en la misma, por el contrario, la Administración sanitaria catalana, que no proveyó a tiempo su adquisición».

⁹⁰ De hecho, también la sangre podría considerarse un medicamento.

misma que en los casos anteriores: es exigible la responsabilidad objetiva del ente que gestiona el servicio público de asistencia sanitaria porque el evento no puede considerarse ajeno al servicio, sino que ocurre dentro de su círculo de actividad, de donde resulta que no es constitutivo de fuerza mayor por muy imprevisible que fuera para el llamado a responder (o el personal a su servicio) el mal estado del material empleado (a estos efectos daría igual que fuese un medicamento que se trata-se de instrumental médico)⁹¹.

Cuando los medicamentos tienen efectos secundarios o incompatibilidades no descritas al momento de aplicarse, nos hallamos ante uno de los llamados *riesgos del desarrollo médico*⁹². De este modo, se traslada al ámbito de la medicina la expresión utilizada en el de la responsabilidad por daños por productos para referirse a los riesgos desconocidos cuando uno de ellos se pone en circulación, por la limitación de los conocimientos científicos y técnicos existentes en ese momento (riesgos del desarrollo)⁹³. Así, los riesgos del desarrollo médico serían aquellos riesgos excepcionales que son desconocidos porque la literatura médica, dadas sus limitaciones, aún no los ha explicado⁹⁴; por tanto, la noción comprendería, además de los casos apuntados al comienzo del párrafo, los de sangre o hemoderivados contaminados por los virus del SIDA o de la hepatitis C a que antes nos referimos, cuando aún se desconocía su existencia y su presencia en esos productos. Entendemos, por tanto, que tampoco el desconocimiento de las contraindicaciones de un medicamento es constitutivo de fuerza mayor a efectos de liberar de responsabilidad objetiva a la Administración pues, como hemos venido subrayando, es un acontecimiento que queda dentro de su círculo de actividad⁹⁵. Sin embargo, el TS, en Sentencia de 25 de enero de 1997, absolvió al INSALUD en un supuesto de este tipo, basándose en la falta de negligencia. En el caso resuelto, una mujer que padecía asma había fallecido a resultas del *shock* anafiláctico que le había provocado la administración de un medicamento prescrito por la doctora que la había atendido; ésta conocía la dolencia de la paciente, mas no se le informó de que era alérgica a diversos medicamentos (entre los que, no obstan-

⁹¹ La STS 17 de abril de 1998 absolvió al Servicio Vasco de Salud de toda responsabilidad por los daños ocasionados a una paciente por la rotura de la jeringa utilizada para extraerle cerumen de un oído; el accidente se debió a un defecto de fabricación de la jeringa, por lo que el Supremo negó que hubiese mediado culpa alguna por parte del Servicio de Salud a los efectos de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil; lo cual es lógico en el marco de una responsabilidad subjetiva como la que consagran dichos preceptos; mas, a nuestro juicio, la conclusión debería haber sido otra de haberse aplicado la normativa rectora de la responsabilidad patrimonial de la Administración, extremo en el que la sentencia no entró, por estimar que en la vía civil no correspondía la «declaración de responsabilidad, si la hubiera, por los daños causados en la prestación de un servicio público».

⁹² Así lo entiende también GUTIÉRREZ BARRENGOIA, en su «Comentario a la STS 25 de enero de 1997», *CCJC* n.º 44, 1997, p. 581.

⁹³ PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990, p. 396.

⁹⁴ VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., p. 140.

⁹⁵ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ BARRENGOIA, *Comentario cit.*, p. 582 y VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., p. 141.

te, no estaba el prescrito); además, en la fecha en que el medicamento fue administrado, su ficha técnica no señalaba ningún efecto secundario en pacientes con asma, advirtiéndose por primera vez del riesgo de *shock* en este tipo de pacientes en la ficha que se elaboró más de un año después del suceso que dio lugar a esta sentencia. Ambas circunstancias fueron determinantes para que el TS absolviera a los tres demandados (doctora, INSALUD e Instituto Social de la Marina) por no apreciar culpa en ninguno de ellos. Y ello aunque el demandante y recurrente (el viudo de la víctima) había basado uno de los motivos de su recurso, además de en la transgresión de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil (un error, puesto que estas reglas presuponen culpa), en la del artículo 40.1 LRJAE; sin embargo, el TS se limita a señalar que dichos preceptos no se habían infringido por cuanto no había «dato probatorio alguno para atribuir *responsabilidad por negligencia* al Instituto Nacional de la Salud y al Instituto Social de la Marina».

3.3 Para terminar, aun cuando en casos como los descritos la Administración tenga que reparar el daño padecido por el usuario del servicio público de asistencia sanitaria, luego podrá actuar contra quien en último término sea responsable del producto defectuoso. A estos efectos hay que recordar que la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, consagra la responsabilidad objetiva de fabricante e importador, quienes, tratándose de medicamentos, han de responder aun de los riesgos de desarrollo [artículo 6.3 en relación con el art. 6.1.e) de la citada Ley].

4. A pesar de que un régimen de responsabilidad objetiva como el descrito facilita la reclamación de indemnizaciones, en cuanto que al perjudicado le basta con probar que el daño es consecuencia del tratamiento médico-sanitario, sin tener que acreditar además la concurrencia de culpa alguna, *son muchas más las pretensiones dirigidas contra el INSALUD (o equivalente) con base en la normativa del Código Civil (en especial la de la responsabilidad civil extracontractual) que las fundadas en el régimen de responsabilidad patrimonial descrito. Ello se explica porque, en muchos casos, el demandante prefiere la jurisdicción civil a la contencioso-administrativa*⁹⁶, lo que quizá se deba a la sospecha de que la última pueda conceder indemnizaciones más reducidas⁹⁷. Lo

⁹⁶ A propósito de la complicada cuestión de los conflictos de jurisdicción en esta materia (no sólo entre la jurisdicción civil y contencioso-administrativa, sino también la del orden social) *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., pp. 15 ss. y, más recientemente, RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 15 ss.

⁹⁷ Durante mucho tiempo esa preferencia ha tenido un efecto negativo para los facultativos al servicio del INSALUD o equivalente: que el demandante, con el fin de asegurarse de que el tribunal civil iba a considerarse competente para conocer del asunto, les demandaba junto con el INSALUD (también así lo sugiere DÍAZ ALABART, «Comentario a la STS 29 de octubre de 1992», *CCJC* n.º 30, 1992, p. 978); ello, habida cuenta de la doctrina de la Sala 1.ª del TS en el sentido de admitir la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas de responsabilidad civil dirigidas conjuntamente contra un particular y la Administración a fin de no quebrar la continencia de la causa y de evitar el riesgo de fallos contradictorios (en este sentido, entre las sentencias más recientes, la del TS de 24 de junio de 1997, con cita de otras muchas). No obstante, es de subrayar cómo

cierto es, en cualquier caso, que esa elección no debería condicionar el Derecho aplicable ni, por tanto, impedir a los tribunales civiles aplicar, en su caso, las reglas de la responsabilidad patrimonial de la Administración⁹⁸; de hecho, así lo ha admitido ya últimamente la Sala 1.^a

últimamente han proliferado los pronunciamientos de la Sala 1.^a del TS favorables a la jurisdicción civil aun en supuestos en los que sólo aparece demandada una Administración Pública (*vid.*, *v. gr.*, SSTS 18 de febrero de 1997 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4115–; *vid.* también las SSTS 15 de octubre de 1996 –Ar. 7112–, 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–, 20 de junio de 1997, 9 de marzo de 1998 y 6 de mayo de 1998, en cuyos casos ni siquiera se suscitó el tema de incompetencia, aunque sólo el INSALUD había sido demandado), justificándose entonces su competencia con otros argumentos (sobre las razones barajadas por la Sala 1.^a del TS para justificar el que la jurisdicción civil pueda conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., pp. 17 ss.; los mismos argumentos que este autor apunta se han venido repitiendo en las sentencias pronunciadas después por la Sala 1.^a (así, además de en las sentencias ya citadas de 18 de febrero de 1997 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4115–, en las de 6 y 12 de junio de 1997, entre otras muchas; entre las resoluciones más recientes sobre el tema cabe citar la STS 30 de mayo de 1998, aunque no se refiere a un supuesto de responsabilidad en el ámbito médico-sanitario).

¿Ha de cambiar esta situación con la entrada en vigor de la LRJPA? Esta ley consagra el sistema de unidad jurisdiccional a favor de los tribunales de lo contencioso-administrativo en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea el tipo de relación, pública o privada, de que derive la responsabilidad (artículos 144 y 142.6 LRJPA); la jurisdicción exclusiva de dichos tribunales parece clara cuando la única demandada sea la Administración (por lo que al amparo de la LRJPA no podrán pronunciarse fallos como los que comentábamos unas líneas atrás); en cambio, la situación no parece tan clara cuando con ella sea codemandado un particular, lo que hace previsible que en tales casos sigan considerándose competentes los tribunales civiles, con el argumento, ya apuntado, de no quebrar la continencia de la causa (*vid.* a este respecto, RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 26 y 27); y, así, volverá a ocurrir que la demanda contra el facultativo sea un mero pretexto para asegurarse el conocimiento del caso por los tribunales civiles. Esta última hipótesis, de demanda conjunta contra la Administración y el personal médico-sanitario funcionario o contratado, no se daría si, como entiende PANTALEÓN PRIETO (*Responsabilidad...*, cit., pp. 55 ss.), tras la LRJPA, la responsabilidad civil de la Administración hubiera venido a sustituir a la del personal a su servicio; mas la mayoría de la doctrina no interpreta así la LRJPA, en concreto sus artículos 145 y 146, de los que deduce que el perjudicado sigue pudiendo demandar tanto a la Administración como a su personal (*vid.* a este respecto RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 22 y 23).

Finalmente, el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social»; ¿querrá esto decir que, en asuntos de responsabilidad patrimonial, la Administración no podrá ser demandada *nunca* ante la jurisdicción civil, ni siquiera cuando aparezca codemandada con un particular?, ¿deberá entonces el particular optar por demandar sólo a la Administración o, si quiere demandar también al médico implicado, iniciar al mismo tiempo dos procesos ante dos jurisdicciones diferentes? (sobre lo absurdo de esta última situación, *vid.* las consideraciones que hacía PANTALEÓN PRIETO a propósito del Anteproyecto de Ley Reguladora del Proceso Contencioso-Administrativo que se barajaba a mediados de 1994, en *Responsabilidad...*, cit., pp. 40 y 41); ¿o el citado artículo podrá interpretarse en el sentido de que la exclusión de la jurisdicción civil no opera en los casos de demanda conjunta contra particular y Administración?

⁹⁸ En este sentido también PANTALEÓN PRIETO, *Responsabilidad...*, cit., p. 33, PARRA LUCÁN, Comentario a la STS 16 de julio de 1991, *CCJC* n.º 27, 1991, p. 883 y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 26 y 27.

del TS en varias ocasiones ⁹⁹. Mas no cabe ignorar que la tesis contraria ha sido acogida después por varias sentencias de la misma Sala ¹⁰⁰. Y, de

⁹⁹ Así, por ejemplo, en un caso en que la Audiencia ya había condenado al INSALUD y a la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, el TS, desestimando el recurso de casación interpuesto por el Principado, subrayó en Sentencia de 4 de noviembre de 1992: «... en unos organismos sanitarios... montados... sobre los esquemas de la Seguridad Social, son dichos entes los responsables en supuestos... de... defectos del sistema, de la instrumentación y del funcionamiento..., dado que, además los mismos son... personas jurídicas de derecho público..., razón por la cual es también de tener en cuenta en orden a la atribución de esta responsabilidad los artículos 41, 43, 106.2 de la C.E., así como lo dispuesto en el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...». Esta misma doctrina se reitera en la STS 26 de mayo de 1997 (Ar. 4114), para desestimar el motivo aducido por el INSALUD en su recurso de casación en el sentido de que, siendo la responsabilidad de la Administración objetiva ex artículos 106.2 CE y 40 LRJAE, la misma no podía declararse en vía civil y habiéndose ejercitado la acción de responsabilidad extracontractual; con todo, el TS añade que, aunque no se estimasen aplicables al caso ambos preceptos, la casación no procedería, pues de los hechos probados resultaba claramente la responsabilidad extracontractual del INSALUD conforme al artículo 1902 del Código Civil.

También la STS 24 de mayo de 1995 (en un caso en que la demanda, tanto contra el INSALUD como contra el médico, se había basado en la culpa extracontractual) desestimó que el Tribunal *a quo* hubiera aplicado indebidamente los artículos 106.2 CE y 40 LRJAE para condenar al INSALUD; el INSALUD aducía que, dado que la paciente se había puesto de acuerdo con un médico distinto del que le hubiera correspondido de haberse observado las reglas de adscripción aplicadas en el ámbito de la Seguridad Social, entre ella y el facultativo se había suscrito un arrendamiento de servicios al que el INSALUD era ajeno, de modo que no se le podía condenar por funcionamiento anormal de los servicios públicos; el TS, en cambio, consideró que la asistencia había de entenderse prestada dentro del ámbito del Instituto Nacional de la Seguridad Social, dado que paciente y doctor pertenecían a él, lo mismo que el centro en que se practicó la asistencia, por lo que, habiéndose producido las consecuencias lesivas «dentro de la esfera de funcionamiento de un servicio público, anormal...se descarta cualquier aplicación indebida... en torno a los artículos 106.2 y 40 de la Constitución y Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado».

Por su parte, la STS 20 de junio de 1997 habla directamente de la «responsabilidad objetivizada del INSALUD», para indicar que la misma había de producir todos sus efectos en el caso «con base... de lo que preconiza el artículo 106.2 de la Constitución Española, que recoge consecuentemente el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, denominada Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que... aún no estaba vigente en el momento en que acaecieron los hechos..., y que se ha mencionado sólo a los efectos de demostrar la continuidad en el mismo sentido, tendente a objetivizar la responsabilidad directa o indirecta de las Administraciones Hospitalarias, pero por otra parte tenía su antecedente en el artículo 40 de la antigua Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado..., que entonces sí estaba en vigor».

Finalmente, la STS de 24 de junio de 1997 afirma la aplicabilidad tanto del artículo 1902 del Código Civil como del artículo 41 LRJAE para admitir la responsabilidad de la Generalitat de Cataluña.

¹⁰⁰ Tal es el caso de las SSTS de 17 de abril y 19 de junio de 1998, ambas del Excmo. Sr. Gullón Ballesteros como Ponente. En la primera, tras negar la responsabilidad extracontractual del Servicio Vasco de Salud por falta de culpa, el Supremo descarta asimismo la posibilidad de entrar a juzgar su eventual responsabilidad en cuanto prestador de un servicio público, por no proceder –a su juicio– una declaración de este tipo en la vía civil elegida por el actor. En el caso resuelto por la STS 19 de junio de 1998, la Audiencia había fundamentado la responsabilidad objetiva del Servicio Andaluz de Salud en los artículos 139 LRJPA y 28 LGDCU; el TS, en cambio, niega que este último precepto desplace la normativa de la responsabilidad de la Administración por el funcionamiento de los

otro lado, existe una abundante jurisprudencia que considera estos casos de responsabilidad de la Administración sanitaria como asunto «propio del Derecho Civil», no subsumible en el (antiguo) artículo 40 LRJAE ¹⁰¹. Esto explica que sean muchos los supuestos de daños con-

servicios sanitarios (punto sobre el que volvemos en el epígrafe 4.3), y destaca que, siendo la razón de la declaración de responsabilidad del SAS el daño derivado de dicho funcionamiento, la Audiencia tendría que haber apreciado de oficio la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en lugar de dictar una condena «en vía civil basándose en preceptos de esta naturaleza no aplicables a los hechos que son presupuestos de aquella condena».

¹⁰¹ Efectivamente, en muchas sentencias, al objeto de justificar la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las demandas de responsabilidad dirigidas contra el INSALUD, la Sala 1.ª del TS subrayó que el supuesto no podía subsumirse en el artículo 40 LRJAE, sino en el artículo 41 de la misma; este último precepto, sin embargo, no se aplicaba al resolver sobre el fondo del asunto sino que para ello se recurría a las reglas del Código Civil, con el argumento de que, puesto que la Administración había actuado en el supuesto, no como tal, sino como un empresario privado, causando unos daños por culpa de sus funcionarios o empleados, ello «genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual del artículo 1902 o, en su caso, del artículo 1903 del Código Civil», considerándose el asunto como «propio del Derecho Civil»; esta doctrina se plasma, entre otras, en las SSTs de 21 de septiembre de 1988 (citada, curiosamente, por las de 4 de noviembre de 1992 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–, que son representativas de la doctrina opuesta, como hemos visto en la nota anterior), 30 de enero de 1990, 12 de febrero de 1990 –AC, ref. 181/91–, 16 de julio de 1991 y 8 de abril de 1996, todas con cita de otras sentencias en el mismo sentido).

La STS 15 de marzo de 1993 parece situarse en una posición intermedia pues, aunque hace suya la tesis de las sentencias anteriores en cuanto a la ubicación del problema tratado como «propio del Derecho Civil», insiste en la inexactitud del argumento, manejado por la Sala *a quo*, de que los artículos 40 y 41 LRJAE eran «inaplicables en el ámbito del proceso civil»; en su lugar, recuerda la doctrina del TS en el sentido de que cuando el INSALUD actúa como entidad privada es de aplicación el artículo 41 LRJAE, pero no parece pensar en el precepto únicamente a los efectos de justificar la competencia de la jurisdicción civil, pues insiste en que si en el caso concreto no era posible acudir a los artículos 40 y 41 LRJAE «para resolver el asunto litigioso», ello se debía a los términos en que el mismo había sido planteado por el actor, que había ejercitado la acción de responsabilidad contractual; el Supremo subraya cómo el principio *iura novit curia* no le permite alterar la *causa petendi*, lo que a su juicio se produciría de justificar la condena del INSALUD en el régimen de la citada Ley: «si la excepción de la prescripción de la acción,... aducida con base en el número 2.º del artículo 1968 del Código Civil –se lee en la sentencia–, fue desestimada por entender... que la acción ejercitada por el actor es la de responsabilidad por culpa contractual, por lo que el plazo de prescripción de la misma es de quince años..., no cabe la posibilidad (ni el *iura novit curia* lo permite) de que el juzgador..., olvidándose ahora de la naturaleza de la única acción ejercitada (que es la que ha tenido en cuenta... para desestimar la aducida excepción de prescripción), aplique luego unos preceptos (en los que el actor no fundó su acción) distintos, y totalmente ajenos a la responsabilidad por culpa contractual, para resolver el fondo de la cuestión..., pues con ello creó una situación de verdadera indefensión... para el demandado INSALUD, el cual quedó privado de haber podido aducir la excepción de prescripción o caducidad de la acción (también con el plazo de un año) que establece el párrafo 3.º del artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado...». Esta forma de concebir la *causa petendi* difiere de la mantenida por el mismo TS en otras sentencias, como, *v. gr.*, la de 24 de junio de 1997: para desestimar el motivo de casación aducido por la Generalitat, que entendía que la sentencia recurrida había cambiado el punto de vista jurídico de la demanda, el Supremo hace hincapié en que la causa de pedir viene determinada por los hechos que soportan la demanda, «a los que el Tribunal puede aplicar el derecho según la

secuencia de la asistencia sanitaria pública resueltos conforme a las reglas del Código Civil; de ahí que en la exposición de los dos siguientes epígrafes, centrada en la determinación de la responsabilidad del centro sanitario de acuerdo con las reglas de dicho Código –aplicables, en principio, a la asistencia privada–, se hagan continuas referencias a casos resueltos por el TS en los que el demandado fue uno de los órganos competentes para la administración y gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

4.1.2 Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos propios

1. Conforme al Código Civil, la responsabilidad del titular del centro sanitario, lo mismo si es contractual que extracontractual, puede derivar tanto de actos dañosos propios como de actos dañosos ajenos¹⁰². En el primer caso –actos dañosos propios– el criterio de imputación de responsabilidad es la *propia negligencia en lo que a la organización y dotación del centro se refiere* (art. 1902 del Código Civil) o el hecho de que estas tareas (en general, la correcta organización y el buen funcionamiento del centro) quedan dentro de la *esfera de control de su titular* (art. 1101 del Código Civil); en el segundo caso –actos ajenos–, debiéndose la causación del daño, de forma directa e inmediata, al comportamiento objetivamente negligente del personal médico-sanitario que atiende al paciente, es la *culpa in eligendo* o *in vigilando* respecto de sus dependientes lo que justifica la responsabilidad extracontractual del titular del centro como empresario (art. 1903.IV del Código Civil), mientras que en el ámbito contractual, el tema es de *responsabilidad del deudor por sus auxiliares* para el cumplimiento, tal y como veremos en el siguiente epígrafe. En éste nos centraremos en la responsabilidad del centro por su propio comportamiento directamente dañoso.

2. Efectivamente, los daños sufridos por el usuario de servicios médicos no siempre derivan de una defectuosa actuación del personal médico-sanitario que le atiende (o no sólo de ella), sino que pueden deberse a *circunstancias que dependen directamente de la Dirección o titular del centro*, tales como los defectos organizativos o la falta de eficacia operativa¹⁰³, la carencia o insuficiencia de medios materiales o

regla *iura novit curia*» (a las diferentes formas de concebir la *causa petendi* ya aludimos *supra* en el epígrafe III, al tratar las relaciones entre los regímenes de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual).

¹⁰² Ambas posibilidades, que pueden concurrir en un mismo caso, aparecen apuntadas, en las SSTs 5 de mayo de 1988, 6 de octubre de 1994, 13 de octubre de 1995, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7110), 26 de mayo de 1997 (Ar. 4114), 9 de junio de 1997 (Ar. 4734), 20 de septiembre y 27 de noviembre de 1997, entre otras muchas.

¹⁰³ Así, *v. gr.*, la STS 15 de octubre de 1996 (Ar. 7110), que, a los efectos del artículo 1902 del Código Civil, apreció dicha falta en el INSALUD por una serie de retrasos en la práctica de pruebas a la paciente; o la STS 7 de mayo de 1997, que condenó al INSALUD *ex artículo 1902 del Código Civil* por culpa *in omitiendo*, al no haber médicos que atendieran a un interno en todo un fin de semana.

personales para la clase de operación o tratamiento requeridos ¹⁰⁴, o las deficientes condiciones de conservación, funcionamiento o higiene del material clínico, el instrumental o las instalaciones con que cuenta el centro ¹⁰⁵. En tales casos, el centro (su titular) es el que con su propio comportamiento culposo ocasiona directamente los daños que ha de reparar tanto con base en el artículo 1101 del Código Civil como *ex artículo* 1902 del Código Civil. Mas así, como conforme al artículo 1902, el titular no tendría que responder si no hubiera de su parte culpa alguna ¹⁰⁶, mediando un contrato sí se le puede exigir que responda, aun sin culpa, del estado de las instalaciones y del material (aparatos, utensilios, medicamentos, etc.) que emplee en su actividad ¹⁰⁷; esto se apoyaría tanto en la consideración de que la culpa no es el único criterio de imputación de responsabilidad conforme al artículo 1101 del Código Civil, como en la interpretación del artículo 1105 del Código Civil en el sentido de que lo que exonera de responsabilidad contractual no es acreditar la falta de culpa, sino la concurrencia de un evento ajeno a la esfera de actividad y ámbito de control del deudor, imprevisible e inevitable (que sería lo que, en esta interpretación, constituiría caso fortuito o

¹⁰⁴ SSTS 7 de junio de 1988, 6 de octubre de 1994 y 26 de febrero de 1998 (responsabilidad *ex artículo* 1902, en el primer caso de un centro del INSALUD por no contar con tubos del calibre adecuado en el carro del anestesista y, en el segundo, del dueño de una clínica concertada también con el INSALUD, por la falta de adecuación del establecimiento para la operación practicada: «son actos propios –señala aquí el TS apreciando asimismo defectos organizativos– los correspondientes a la falta de medios adecuados e incluso organizativos de la operatividad de los mismos, es decir del instrumental técnico con la inmediatez suficiente para la corrección y evitación... de las consecuencias funestas que se producen eventualmente en los episodios postoperatorios...»; en el tercer caso, se afirma la culpa *ex artículos* 1101 y 1902 del Código Civil del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña, por no haber dotado a los médicos dependientes de ella en un hospital público de los medios precisos para practicar los *test* de detección del SIDA).

Vid. asimismo las SSTS 10 de octubre de 1994, 13 de octubre de 1995 y 9 de junio de 1997 (Ar. 4734), que, aunque apuntan la escasez o falta de medios como posible criterio de imputación al titular del centro, acabaron absolviéndolo por no apreciar ese defecto (ni otros) en el caso concreto.

¹⁰⁵ SSTS 5 de mayo de 1988 y 26 de septiembre de 1997 (admite la culpa del INSALUD a los efectos del artículo 1902 del Código Civil por permitir el empleo de aparatos sanitarios deteriorados por el uso, sin suficientes garantías de buen funcionamiento ni medidas de conservación), 12 de mayo de 1988 (responsabilidad *ex art.* 1902 del Código Civil del doctor propietario de una clínica por omisión negligente, al no retirar un hilo de sutura deficiente, que ya antes del caso aquí resuelto, había ocasionado una infección tetánica a otra paciente), 29 de octubre de 1992 (responsabilidad contractual del INSALUD por «falta del máximo control de asepsia y de los medios humanos más adecuados», en un caso de infección hospitalaria tras una operación), 15 de febrero de 1993 y 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114– (responsabilidad *ex art.* 1902 del Código Civil, de la Mutua propietaria de una clínica en el primer caso y del INSALUD en el segundo, por deficientes condiciones de asepsia determinantes de una infección hospitalaria).

¹⁰⁶ Otra cosa es que en la práctica pueda ser difícil exonerarse por esta razón, tanto por la inversión de la carga de la prueba de la culpa (estimada por los tribunales también en los casos a que nos estamos refiriendo en algunas ocasiones: *vid. infra*, apartado 4 de este mismo epígrafe) como por el rigor de la diligencia exigida en prevención del daño.

¹⁰⁷ *Vid.* en esta línea PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad contractual», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5923.

fuerza mayor)¹⁰⁸; desde esta perspectiva, no podría considerarse el material empleado en la actividad desarrollada por el centro como algo ajeno a su ámbito de control, sino como uno de los riesgos que corresponde asumir al titular de esa actividad.

3. El recurso a las *deficiencias organizativas o asistenciales* como criterio de inculpación del centro sanitario facilita las cosas (básicamente en lo que se refiere a la individualización de la causa determinante del daño y a la carga de la prueba de la culpa) al paciente perjudicado que pretende la reparación del daño sufrido, cuando ha sido atendido en grandes complejos asistenciales (incluso en varios), en ocasiones en distintos departamentos y, con frecuencia, por una pluralidad de profesionales¹⁰⁹. En este marco no es extraño que se produzcan defectos de coordinación entre los distintos servicios, o que no sea posible concretar quién fue el que atendió negligentemente al enfermo o individualizar la circunstancia o conducta determinante del daño. Pues bien, a juicio del TS, «la existencia de unas negligencias no médica ni instrumentalmente particularizables ni por tanto susceptibles de individualización, sino generalizadas» o, lo que es igual, «el conjunto de posibles deficiencias asistenciales», es imputable a las entidades de las que depende el servicio, «como responsable *in genere* y al menos en último grado, cuando no otra atribución fuere posible existiendo faltas, defectos o negligencias en el funcionamiento (en este caso anormal y reprochable) de sus actividades hospitalarias o sanatoriales» (STS 4 de noviembre de 1992¹¹⁰, cuya doctrina se avanzó ya parcialmente en las SSTS 16 de diciembre de 1987 y 12 de julio de 1988¹¹¹, y reiteró recientemente la STS 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–¹¹²).

¹⁰⁸ Tal es la tesis defendida, por ejemplo, por Díez-PICAZO (*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 4.ª ed., Madrid 1993, pp. 577, 589 y 590) y PANTALEÓN PRIETO [«El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* 1991, pp. 1064 y ss., y «Responsabilidad contractual», cit., pp. 5922 y 5923].

¹⁰⁹ Así lo apunta también DÍAZ ALABART, en su «Comentario a la STS 29 de octubre de 1992», cit., p. 978.

¹¹⁰ El TS utiliza este argumento para desestimar el motivo aducido por la Administración recurrente (la del Principado de Asturias, de cuya Consejería de Sanidad dependía el hospital en que había sido asistido un beneficiario de la Seguridad Social), para quien la Sala *a quo* había hecho aplicación indebida del artículo 1902 del Código Civil al condenarla.

¹¹¹ Ni en el caso de la STS 16 de diciembre de 1987 ni en el de la de 12 de julio de 1988 fue posible atribuir el daño a la actuación personal de alguno de los profesionales intervinientes, por lo que se hizo responder del «conjunto de posibles deficiencias asistenciales» al INSALUD y a su hospital «como responsables directos del funcionamiento, en este caso anormal y reprochable, de sus actividades sanitarias»; aunque no queda muy claro, en la Sentencia de 1988 dicha responsabilidad parece basarse en el artículo 1903 del Código Civil (en la de 1987 no se ve cuál fue el fundamento jurídico, porque quien recurría era un farmacéutico y no el INSALUD o el centro); el mismo precepto es el que aparentemente sirve de justificación a la STS 20 de septiembre de 1997 para declarar la responsabilidad del SAS en un caso en que se consideró «acreditada... la negligencia del personal médico, si bien no individualizada, del Centro Hospitalario», por haber dado de alta a una interna en lugar de adoptar las medidas precisas para diagnosticarla: el alta incorrecta «entraña –observa el Supremo– una conducta negligente del personal médico y, en consecuencia, la responsabilidad directa del Centro...».

¹¹² *Vid.* también la STS 10 de diciembre de 1997, que no estimó el recurso interpuesto por el INSALUD contra la sentencia de instancia, en la que se reproducía la doctrina jurisprudencial indicada *supra*.

En alguno de estos casos el TS ha justificado la responsabilidad del titular del centro en el artículo 1903 del Código Civil, por cuanto se aprecia una negligencia en el personal a su servicio, aunque no pueda determinarse en cuál o cuáles de sus miembros¹¹³, aunque el TS tampoco descarta la posible subsunción del mismo hecho tanto en el artículo 1903 como en el 1902 del Código Civil¹¹⁴.

4. Cuando la responsabilidad del centro sanitario se fundamenta en el artículo 1902 del Código Civil, en principio debería ser el actor quien aportara la *prueba de la culpa* en el comportamiento del demandado. Sin embargo, dada la tendencia jurisprudencial a invertir la carga de la prueba de modo que sea el demandado quien, para exonerarse de responsabilidad, haya de probar su obrar diligente, interesa determinar si la misma es también apreciable en el orden de responsabilidades que estamos tratando.

Como detallaremos más adelante, el TS ha reiterado hasta la saciedad que en materia de culpa médico-sanitaria la prueba de la misma incumbe a quien la alega; mas esta doctrina suele ir referida a las reclamaciones dirigidas contra el personal médico-sanitario (sea conforme al art. 1902 del Código Civil, sea *ex art.* 1101 del Código Civil). Hay, no obstante, alguna sentencia del TS que aplica a los centros esa misma doctrina; es el caso de la STS 7 de julio de 1993, que destaca cómo «la obligación contractual o extracontractual del personal e *instituciones médico-quirúrgicas* no es la de obtener en todo caso un resultado positivo en la recuperación del enfermo, es decir no es una obligación de resultados, sino de medios, es decir proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia, y *por ello no se ha avanzado en la objetivación de esta clase de responsabilidades*, por lo que es preciso acreditar firmemente..., que... ha habido negligencia en la aplicación de la *lex artis* propia de tal profesión lo que lleva a la doctrina a aplicar en su estricto sentido el artículo 1902 y 1903, así como el 1104 del Código Civil»; es decir, que se niega la objetivación de la responsabili-

¹¹³ Vid. la nota 111. También las SSTS de 22 de junio de 1988 y 30 de enero de 1990 declararon la responsabilidad del titular del centro *ex artículo* 1903.IV, porque el daño había sido fruto de la negligencia del personal a su servicio, aunque no hubiera sido posible identificar al sujeto en cuestión (en el primer caso, se trataba de una ATS que había administrado incorrectamente una inyección hiriendo el nervio ciático; en el segundo, un paciente había quedado en coma después de que no se corrigiera inmediatamente la extubación producida cuando estaba en la UCI, no siendo posible identificar a los «profesionales, al servicio... del INSALUD, a quienes directamente [procedía] atribuir la negligencia causante del daño»).

¹¹⁴ Así, en la STS 27 de noviembre de 1997 entendió que el daño (muerte de un niño en un quirófano porque, pese a los antecedentes cardiológicos congénitos que padecía y que constaban en su historial, éstos no se le facilitaron al cirujano ni al anestesista, quienes por ello no adoptaron ninguna medida especial) se produjo «por causa de actuaciones omisivas de los servicios sanitarios e ingeniería interna del INSALUD, por lo que este ente ha de asumir las responsabilidades consecuentes a las mismas no personalizadas y que se encuadran en el artículo 1902 del Código Civil... por referirse a conducta propia que no desvirtúa la posible subsunción de la conducta ilícita civil por las actuaciones de los profesionales dependientes de la entidad... (art. 1903)...». Vid. asimismo la STS 9 de marzo de 1998.

dad de las instituciones médicas en términos generales, pero para deducir de ahí la necesidad de que se pruebe la negligencia de los médicos que trabajan para el centro, lo que nos sitúa ante un supuesto (el del art. 1903.IV del Código Civil) diferente del que ahora estamos contemplando.

Tratándose de la responsabilidad del titular de un centro *ex artículo* 1902 del Código Civil, algunas sentencias hablan de presunción de culpa; así, por ejemplo, en un supuesto de infección hospitalaria, el TS aseveró: «Descartada la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, la inversión de la carga de la prueba obligaba a la Clínica a desvirtuar la presunción de su actuación culposa, demostrando... el haber procedido con toda diligencia y cuidado debidos...» (STS 15 de febrero de 1993, cuya doctrina reitera la STS 26 de mayo de 1997 –Ar. 4114–); en otras, sin embargo, el TS ha basado la desestimación de la pretensión resarcitoria en la falta de prueba de la culpa ¹¹⁵. En cualquier caso, como acabamos de comentar, la posibilidad de justificar la responsabilidad del centro por el «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», facilita al actor su tarea de probar la existencia de culpa y de individualizar la causa determinante del daño ¹¹⁶.

4.1.3 Responsabilidad del centro sanitario por actos dañosos ajenos

1. Bajo este epígrafe nos referimos a las hipótesis en que el daño al paciente *deriva directamente de la deficiente asistencia prestada por el personal* de un centro sanitario; la causa inmediata del daño se encuentra en la conducta de uno o varios sujetos distintos al titular del centro. De ahí que hablemos de actos dañosos ajenos; sin embargo, esta termi-

¹¹⁵ Así, la STS 7 de junio de 1994, dictada también en un supuesto de infección hospitalaria, confirmó la dictada por el Tribunal *a quo*, que había basado la desestimación en la falta de prueba sobre la inexistencia de medidas higiénicas y de asepsia por parte de la Clínica, así como en la apreciación de caso fortuito; esto último se apoyaba en que «no existen medidas de asepsia hospitalaria capaces de erradicar la mencionada bacteria de un quirófano»; curiosamente, la bacteria era del mismo género, *clostridium*, que en los dos casos mencionados *supra* en el texto, en los que se llegó a un resultado completamente distinto, por mucho que la propia STS 7 de junio de 1994 insista en que su presupuesto fáctico no era comparable al de la de 15 de febrero de 1993.

Vid. también la STS 10 de octubre de 1994, que apunta la falta de la prueba del funcionamiento incorrecto del centro médico como circunstancia determinante de que no se pudiera declarar la «responsabilidad económica hospitalaria».

La STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4734) también parece partir de que la prueba de la culpa incumbe al demandante, al afirmar que «dentro del ámbito hospitalario... la responsabilidad directa sería atribuible *cuando se acredite de forma clara y contundente una "escasez de medios"*... para la clase de operación o tratamiento requerido» (en idéntico sentido se había pronunciado ya antes la STS 13 de octubre de 1995).

¹¹⁶ *Vid.* al respecto el «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992» de LLAMAS POMBO, *CCJC* n.º 30, 1992, pp. 998 ss.

Para RIVERA FERNÁNDEZ (*La responsabilidad...*, cit., pp. 30 y 41), los tribunales se adscriben a una línea de responsabilidad prácticamente objetiva cuando hacen aplicación de la referida idea.

nología ha de matizarse; si en estos casos responde (aparte del agente material del daño) el titular del centro es, en el ámbito extracontractual, porque él mismo ha contribuido culposamente a la causación del daño, normalmente por omisión y, en esa medida, cabe decir que su responsabilidad es *por hecho propio*¹¹⁷; en la esfera de la responsabilidad contractual, que el titular en cuanto deudor deba reparar los daños directamente ocasionados por sus auxiliares se debe a que *él mismo habrá incumplido su obligación* si aquéllos no la cumplen¹¹⁸. Hecha esta matización, nos centramos ya en el estudio de los criterios de imputación de responsabilidad, que, en principio, son distintos en uno y otro ámbito.

2. La *responsabilidad extracontractual* del titular del centro se rige en los casos que ahora interesan por el artículo 1903.IV del Código Civil, conforme al cual habrá de responder de los perjuicios causados por sus dependientes, a no ser que pruebe haber empleado la diligencia debida para prevenir el daño (último párrafo del art. 1903 del Código Civil); el fundamento de esta responsabilidad es la propia culpa *in eligendo* o *in vigilando* del dueño o titular del establecimiento sanitario respecto del personal que depende de él, de donde resulta que sea una responsabilidad directa y no subsidiaria¹¹⁹.

Una jurisprudencia reiteradísima exige, además, como presupuesto de esta responsabilidad del empresario el que la actuación del dependiente hubiera sido culposa¹²⁰; sin embargo, dado que la apreciación de la culpa presupone la imputabilidad civil y que no puede considerarse que el responsable *ex* artículo 1903 del Código Civil pueda exonerarse alegando la inimputabilidad civil de aquél por quien debe responder cuando él mismo ha contribuido con su negligencia a la causación del daño, sería más exacto decir que para que haya deber de responder *ex* artículo 1903 es preciso que el acto del autor material del hecho sea *objetivamente negligente*, esto es, un acto que determinaría también la responsabilidad de su autor material siempre que éste fuera civilmente imputable¹²¹; como lo normal será que el personal médico-sanitario sea civilmente imputable, de su conducta dañosa objetivamente negligente derivará, habitualmente, no sólo la responsabilidad del titular del centro *ex* artículo 1903, sino también la suya propia por culpa *ex* artículo 1902. Pero si quienes atienden al paciente operan diligentemente o, lo que es

¹¹⁷ PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid 1995, p. 5955; *vid. asimismo* ÁNGEL YÁGÜEZ, *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1989, pp. 81 y 82.

¹¹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», *cit.*, p. 74.

¹¹⁹ Así, entre muchas (y aparte de las ya citadas en la nota 102), SSTs 22 de junio de 1988, 29 de junio de 1990, 21 de septiembre de 1993, 27 de septiembre de 1994, 7 de abril, 6 de junio, 12 de junio, 22 de julio y 13 de diciembre de 1997 (esta última apunta también la «responsabilidad por riesgo» como fundamento de la del centro en su condición de empresario) y 22 de mayo de 1998.

¹²⁰ En el ámbito que aquí interesa esta jurisprudencia se recoge, por ejemplo, en las SSTs 15 de marzo de 1993, 13 de octubre de 1995, 20 de septiembre, 2 de octubre y 10 de noviembre de 1997.

¹²¹ En este sentido, PANTALEÓN PRIETO, «Comentario a la STS 10 de marzo de 1983», *CCJC* núm. 2, 1983, pp. 454 y 455, y «Responsabilidad por hecho ajeno», *cit.*, pp. 5955 y 5956.

igual, conforme a la *lex artis*, ¿qué culpa *in eligendo* o *in vigilando* determinante del daño va a poder imputarse a quien los contrató? En realidad, cuando el daño se produce a pesar de haberse empleado toda la diligencia debida en el tratamiento –tanto desde el punto de vista de la actuación del personal médico-sanitario como desde el de la organización, dotación y mantenimiento de instalaciones y material del centro sanitario–, habrá que concluir que el mismo ni ha sido *ocasionado* por el personal del centro ¹²² ni le es imputable a su titular conforme al artículo 1902, sino que es el resultado natural de la propia dolencia, o de un evento imprevisible o inevitable constitutivo de caso fortuito, del que ni el autor material del hecho ni el dueño o director del establecimiento tienen por qué responder ¹²³.

Apreciada la inobservancia de la *lex artis ad hoc* o el comportamiento objetivamente negligente del personal médico-sanitario en el caso concreto ¹²⁴, y dada la *inversión de la carga de la prueba de la culpa* que consagra el artículo 1903.VI, incumbe al titular del centro acreditar que empleó toda la diligencia precisa para prevenir el daño; mas en la práctica nunca lo consigue ¹²⁵; en este sentido, la tan comentada objetivación jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual del empresario es también apreciable en el ámbito que estamos analizando. El propio TS, en la Sentencia de 21 de julio de 1997 (no exenta de ciertas contradicciones), ha calificado de objetiva la responsabilidad del INSALUD «como empresario», «no sólo por la *objetiva-*

¹²² Faltaría el nexo causal entre la conducta del agente y el daño, lo que impide ya la aplicación del artículo 1903.IV, que se refiere a los daños *causados* por los dependientes.

¹²³ «La inexistencia de cualquier reproche culpabilístico –concluye la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4734)– sitúa las secuelas producidas por la enfermedad en un desgraciado y lamentable suceso»; otros casos en los que el daño se consideró efecto natural de la enfermedad o consecuencia inevitable del tratamiento requerido, con la consiguiente exoneración del centro, fueron los resueltos por las SSTS 12 de julio de 1994 (incapacidad por tratamiento con radiaciones de telecobalto) y 2 de octubre de 1997 (fallecimiento después de trasplante y quimioterapia); *vid.* también la STS 25 de enero de 1997 (dado que la contraindicación de un concreto medicamento en pacientes con asma no se hallaba aún descrita cuando la doctora lo prescribió a una paciente asmática que falleció por una reacción de hipersensibilidad contra el mismo, el TS no apreció negligencia alguna ni en la doctora, ni en el INSALUD, ni en el Instituto Social de la Marina, a los efectos de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil).

¹²⁴ La prueba de estos extremos incumbiría al demandante: *vid.* al respecto, *v. gr.*, las SSTS 7 de julio de 1993 y 10 de octubre de 1994.

¹²⁵ Así lo destaca también JORDANO FRAGA, en su «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», cit., p. 243.

En efecto, no conocemos una sola sentencia en la que, habiéndose demandado al titular de un establecimiento sanitario con base en el artículo 1903, y estimada la concurrencia de culpa en el personal a su servicio, aquél haya conseguido exonerarse de responsabilidad aportando la prueba que contempla el artículo 1903.VI; de hecho, sus esfuerzos para liberarse de responder se centran habitualmente en tratar de acreditar que sus empleados obraron de forma diligente y no en probar que ellos mismos emplearon la diligencia precisa para prevenir el daño. Así, no es raro que el TS, tras estimar la falta de diligencia del médico en cuestión, añada sin más que la misma entraña la responsabilidad del centro o de su titular conforme al artículo 1903.IV (*vid.*, *v. gr.*, las SSTS 21 de septiembre de 1988, 12 de febrero de 1990 –AC, ref. 181/91–, 16 de julio de 1991, 21 de septiembre de 1993, 22 de abril de 1997, 28 de julio de 1997, 20 de septiembre de 1997 y 13 de diciembre de 1997).

ción creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios»¹²⁶; no entramos por el momento en esta última alusión, sobre la que volvemos más adelante.

3. En el ámbito contractual, la falta de una regla del tipo de la del artículo 1903.IV del Código Civil no impide considerar al deudor responsable de la actividad de sus auxiliares; el deudor ha de responder del incumplimiento de su obligación, tanto si él mismo se encarga de cumplir como si para ello se vale de otras personas, sean o no dependientes suyos: si éstas incumplen, él mismo lo habrá hecho frente al acreedor. De ahí que sea defendible afirmar el carácter objetivo de la responsabilidad del deudor por la actividad de las personas de que se vale para cumplir con su obligación, en el sentido de que, una vez que resulte acreditado que alguna de esas personas ha incumplido, el deudor no podrá exonerarse aduciendo ausencia de culpa propia¹²⁷; esto es, de nada le serviría probar que había elegido y vigilado correctamente a sus auxiliares¹²⁸. Esto sería aplicable al titular de un centro sanitario cuyos servicios médicos hubieran sido contratados por un paciente.

En cuanto a la actuación del auxiliar, es claro que si en ella hubiera mediado culpa, ese incumplimiento es imputable (aparte de al propio auxiliar) al deudor, que deberá responder¹²⁹. Pero, ¿y si no hubiera sido negligente? Pensemos, por ejemplo, en los casos en que el facultativo emplea una sangre contaminada con un virus de origen aún no determinado o un medicamento con contraindicaciones desconocidas. Si el deudor debe responder de los actos de sus auxiliares igual que si fueran propios, esto es, en los mismos casos y bajo los mismos presupuestos bajo los que respondería de haber sido él el autor del acto¹³⁰, y si se mantiene, como hace un relevante sector de nuestra doctrina, que la culpa no es el único criterio de imputación de respon-

¹²⁶ Ya indicábamos unas líneas atrás cómo la STS 7 de julio de 1993, tras señalar que «la obligación contractual o extracontractual del personal e instituciones médico-quirúrgicas... es... de medios», añade que «por ello no se ha avanzado en la objetivación de estas responsabilidades, por lo que es preciso acreditar firmemente... que en ese sentido ha habido negligencia en la aplicación de la «lex artis» propia de tal profesión»; se ve, pues, que la negación de la objetivación se refiere al requisito de la culpa del médico o sanitario como presupuesto de la responsabilidad del empresario, y no a la culpa propia de éste.

¹²⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. II, cit., p. 593; MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 73 a 76; y PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad por hecho ajeno», cit., p. 5958.

¹²⁸ Esta diferencia respecto del régimen del artículo 1903.VI del Código Civil se desdibuja en la práctica, dada la tendencia jurisprudencial, ya comentada, de no apreciar la prueba de descargo prevista en el citado precepto.

¹²⁹ *Vid.*, por ejemplo, la STS 22 de febrero de 1991 o la de 18 de febrero de 1997, a la que ya nos referimos *supra* en la nota 89.

¹³⁰ En este sentido observa PANTALEÓN PRIETO («Responsabilidad por hecho ajeno», cit., p. 5958): «El deudor que encomienda a otra persona el cumplimiento total o parcial de su programa obligacional responde de todo incumplimiento referible a ésta, que hubiera sido imputable al deudor de haber actuado como su auxiliar en el cumplimiento lo ha hecho».

sabilidad contractual en nuestro Derecho, cabe concluir que *el deudor responde de la actividad de sus auxiliares aunque no haya habido culpa por parte de éstos, salvo el caso fortuito*¹³¹. Desde esta perspectiva, el caso fortuito del artículo 1105 del Código Civil en el campo de la responsabilidad contractual no puede entenderse como sinónimo de ausencia de culpa, sino como un suceso que queda fuera del ámbito de control del deudor (coincidiendo con la noción de fuerza mayor como causa exoneradora en los supuestos de responsabilidad extracontractual objetiva)¹³². Así, como, a nuestro juicio, el empleo de determinadas sustancias o medicamentos por los facultativos no puede considerarse ajeno a la actividad del centro ni a su esfera de control, éste respondería contractualmente de los daños derivados de su utilización aunque la actuación de sus auxiliares no pudiera considerarse negligente.

4.2 LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO CONFORME AL CÓDIGO CIVIL

4.2.1 La doctrina tradicional del Tribunal Supremo

1. Ya vimos en otro punto de este trabajo que el TS califica como obligación de medios –en general y salvo contadas excepciones– la obligación del profesional sanitario, sea contractual o extracontractual; esta idea aparece vinculada a la de que su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable y patente (SSTS 26 de mayo de 1986¹³³ y 10 de noviembre de 1997), cuya prueba –además de la del nexo causal– incumbe al paciente o a sus herederos o representantes legales (STS 13 de julio de 1987). En este sentido, es reiteradísima la doctrina del TS en el sentido de que «en la conducta de los profesionales sanitarios *queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba* admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico»; así se expresó la STS 12 de julio de 1988, seguida después por innumerables sentencias¹³⁴.

¹³¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., p. 219.

¹³² Sobre esta concepción de la responsabilidad contractual, a la que ya aludimos *supra*, *vid.* los autores citados en nota 108.

¹³³ Esta sentencia, no obstante, se refería tan sólo a la obligación contractual del médico.

¹³⁴ Así, por las de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero y 13 de octubre de 1992, 15 de marzo, 23 de marzo y 15 de noviembre de 1993; 29 de marzo, 26 de septiembre, 14 de noviembre y 5 de diciembre de 1994, 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112), 20 de junio, 27 de junio y 10 de noviembre de 1997 y 29 de mayo de 1998; en la misma línea, aunque con formulaciones diversas, *vid.* las SSTS de 21 de febrero de 1992, 4 de marzo de 1993, 1 de junio y 12 de julio de 1994, 11 de febrero, 22 de abril, 9 de junio (Ar. 4734) y 28 de

2. El carácter de profesional de la medicina que en estos casos tiene el agente determina el grado de diligencia que le es exigible ¹³⁵. A tales efectos, el TS suele recurrir al artículo 1104 del Código Civil, tanto si se trata de determinar si ha habido responsabilidad civil contractual como si lo que está en discusión es la concurrencia de una responsabilidad de orden extracontractual ¹³⁶. En aplicación del artículo 1104 del Código Civil, la diligencia exigible al personal médico-sanitario no puede ser la de «un buen padre de familia» (criterio general del párrafo segundo), sino que, precisamente por las concretas características de esos sujetos (párrafo primero del art. 1104 ¹³⁷), ha de ser más rigurosa: la correspondiente a un profesional, en quien se presuponen ciertos conocimientos teóricos y determinada pericia en el desempeño de su tarea. Así lo destaca el TS en su sentencia de 6 de junio de 1997 (de condena a una ginecóloga *ex art.* 1902 del Código Civil) cuando señala que la «responsabilidad profesional dentro del área de la medicina... tendrá que ver con unas medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados “deberes médicos” –*lex artis ad hoc*–, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un “buen padre de familia”» ¹³⁸.

Efectivamente la *lex artis ad hoc* constituye el parámetro conforme al cual han de valorarse las conductas de los profesionales médicos para

julio de 1997. *Vid.* asimismo la larga cita de sentencias que incluye la STS 16 de diciembre de 1997, que, partiendo del artículo 1214 del Código Civil, analiza el tema de la carga de la prueba en los ámbitos contractual y extracontractual para acabar concluyendo que tanto en uno como en otro la prueba de la culpa y de la relación causal incumbe al actor o paciente; la STS 19 de febrero de 1998 reitera la doctrina de esta última sentencia (ambas son del mismo Ponente, Excmo. Sr. Martínez-Calcerrada), aunque añadiendo dos excepciones a la regla general apuntada; aludiremos a ellas en la exposición que sigue.

¹³⁵ En idéntico sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., pp. 12 ss.

¹³⁶ *Vid.* STS 19 de febrero de 1998 y, en relación con la responsabilidad aquiliana, las SSTs de 13 de julio de 1987, 7 de julio de 1993 y 1 de junio, 27 de septiembre y 10 de octubre de 1994.

En cambio, el TS adopta la posición contraria en su Sentencia de 7 de abril de 1997 cuando, para desestimar el motivo aducido por un médico en su recurso, en que invocaba la no aplicación del artículo 1104 del Código Civil, señala: «La acción que el actor ejercita en su demanda se funda en la culpa o negligencia del artículo 1902 del Código Civil y, al optar por ella, no se permite desplazar la cuestión al ámbito de la culpa contractual del artículo 1104 de dicho Código...». La misma línea se apunta en la STS 21 de julio de 1997 cuando, habiéndose apreciado responsabilidad extracontractual en el INSALUD y para desestimar la supuesta aplicación indebida del artículo 1104 del Código Civil denunciada por aquél en su recurso, señala que «este artículo se refiere a la responsabilidad contractual y, lógicamente, no ha sido aplicado por la sentencia de instancia, por lo que no puede estimarse que haya habido aplicación indebida del mismo»; en sentido similar a esta última *vid.* también la STS 2 de diciembre de 1997.

¹³⁷ A él alude implícitamente la STS 1 de junio de 1994.

¹³⁸ En sentido similar dice la STS 7 de febrero de 1990: «... la diligencia exigible por el artículo 1104 del Código Civil no será la del común individuo lego en materia, sino la del profesional que las circunstancias exijan, pero con la peculiar característica de que la prueba de la culpa del médico ha de distinguirse y apreciarse según los casos, con base en lo antes indicado (*lex artis ad hoc*)...».

concluir si ha habido o no culpa de su parte ¹³⁹; y esto, una vez más, tanto en el orden contractual como en el extracontractual ¹⁴⁰. En este sentido el TS ha reiterado cómo la imposibilidad de fijar normas generales de conducta con las que enjuiciar comportamientos concretos, dado, además, el *aleas* inherente a la actuación médica, determina la necesidad de tener muy en cuenta las concretas circunstancias de cada caso ¹⁴¹. Así, tras señalar que la *lex artis ad hoc* constituye el sustrato de todo contrato de arrendamiento de servicios médicos, la STS 2 de octubre de 1997 explica que esto «no significa otra cosa que los criterios médicos a tomar han de ceñirse a los que se estimen correctos para una situación concreta, siempre con base a la *libertad clínica* y a la prudencia» y, citando la STS 25 de abril de 1994, cuya doctrina repite en buena medida ¹⁴², añade: «la *lex artis ad hoc* es tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del actor 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–, o exógenos –la

¹³⁹ En el marco del Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario» que ya hemos citado, se señaló como conclusión (pp. 599 ss. de las Actas) la conveniencia de distinguir tres niveles de *lex artis*: a) General (o *lex artis* en sentido estricto): criterios científicos generales de actuación, de acuerdo con el estado de la ciencia médica en cada momento (reflejado en publicaciones científicas, protocolos, conferencias de consenso...); b) *lex artis ad hoc*: teniendo en cuenta las características de tiempo, lugar, disponibilidades y recursos del Centro (según Guías clínicas y decisiones de los Comités hospitalarios); y c) criterios prudenciales de actuación ante un enfermo concreto.

En particular sobre la relevancia de los protocolos médicos a los efectos que aquí interesan, *vid.* GALÁN CORTÉS e HINOJAL FONSECA, «Valoración jurídica de los protocolos médicos, RGD n.º 622-623, 1996, pp. 8171 ss.

¹⁴⁰ *Vid.*, *v. gr.*, la STS 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112); además, en relación con casos de responsabilidad extracontractual, *vid.* las SSTs 29 de junio de 1990, 7 de julio, 21 de septiembre y 15 de noviembre de 1993, 12 de julio, 26 de septiembre y 14 de noviembre de 1994 y 2 de diciembre de 1996; al orden contractual se refieren, entre otras, las que citamos a continuación en el texto, de 25 de abril de 1994 y 2 de octubre de 1997.

¹⁴¹ Aunque en el texto nos refiramos a sentencias de la Sala 1.ª del TS, la misma doctrina se acoge por la Sala 2.ª; en este sentido cabe citar su sentencia de 26 de junio de 1980 (seguida después por otras, como la de 15 de enero de 1986), según la cual «la responsabilidad médica a efectos penales ha de ser, en principio, proclamada cuando en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico, se incida en conductas descuidadas que, olvidando la *lex artis*, provoquen resultados lesivos, sin que sea dable dar como apotegma principios inmutables, debido, de una parte, al progreso constante en este campo y, de otra, a las necesarias mutaciones que impone el tratamiento y experimentación clínica, sin olvidar el carácter preponderante del factor humano sobre el que opera, con la consiguiente individualización de cada sujeto o paciente, comportando tratamientos distintos y dosificaciones diferentes en el arte curativo, obligando así a los Tribunales a un minucioso y ponderado estudio de las causas concurrentes en cada caso para no incidir en tesis maximalistas».

¹⁴² La citada STS 25 de abril de 1994 también se refería a un contrato de arrendamiento de servicios médicos, especificando el contenido de la obligación de medios resultante del mismo.

influencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal requerida»¹⁴³.

3. En general, no suele encontrarse en los fallos del TS alusión alguna a la diferencia tradicionalmente establecida entre las responsabilidades contractual y extracontractual, en el sentido de que en esta última se responde también por culpa levísima¹⁴⁴, recurriéndose en ambos casos, como acabamos de ver, a los criterios resultantes del artículo 1104.I del Código Civil y ponderándose la *lex artis ad hoc*. Como excepción a lo dicho cabe citar la STS 26 de mayo de 1986, a propósito de un caso en el que un hombre de 40 años falleció días después de haber sido operado de úlcera, por complicaciones surgidas en el postoperatorio y a pesar de haber sido enviado, a raíz de éstas, a otra residencia que contaba con mejores medios; el TS no apreció negligencia alguna en el cirujano (al que se exigía responsabilidad contractual), entendiendo que puso «todos los medios de que disponía para alcanzar la curación, y cuando se percató de la insuficiencia de aquellos medios solicitó el traslado del paciente a un centro médico con mejores medios disponibles»; y más adelante añade: «teniendo también en cuenta que la acción ejercitada se basa en supuesta culpa contractual, en la que, a diferencia de la extracontractual, con base en el artículo 1902 del Código Civil, no rige el principio de incurrir en ella por culpa levísima». ¿Quiere esto decir que, de haberse basado la acción en el artículo 1902 del Código Civil, sí que se habría apreciado la responsabilidad del médico?¹⁴⁵; si se lee la STS 13 de julio de 1987, cuyo Ponente es el mismo que en la sentencia de 1986 que comentamos (Excmo. Sr. Santos Briz), probablemente haya que responder que no; en el caso de la sentencia de 1987, un niño había padecido, después de la operación de amigdalectomía a que había sido sometido, un paro cardíaco del que le quedó como secuela una parálisis cerebral con tetraplejía espástica; el TS desestimó el recurso del actor, padre del niño, basado en la infracción de los artículos 1105 y 1902 del Código Civil, entendiendo que las consecuencias de la operación constituían caso fortuito por ser imprevisibles e inevitables, y no apreciando negligencia alguna en el cirujano y anestesista demandados; si tenemos en cuenta la línea seguida por el Supremo –y que comentamos unas líneas más abajo– sobre el valor probatorio de los resultados «anormales» de un tratamiento, se ve que, en realidad, estas sentencias a las que ahora estamos aludiendo, se refieran a responsabilidad contractual o extracontractual, responden a una concepción distinta a la mantenida en otras del mismo Supremo, normalmente posteriores, que son más rigurosas a la hora de exigir responsabilidad médica.

¹⁴³ En el mismo sentido, v. gr., las SSTS 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993.

¹⁴⁴ Sobre lo criticable de ese pretendido criterio diferenciador, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad...», cit., pp. 65 y 66.

¹⁴⁵ Sea como fuere, lo cierto es que sí, como destaca el propio TS en su sentencia, la gravedad de la lesión que padecía el enfermo hizo que el postoperatorio también lo fuera,

4.2.2 En particular, sobre la responsabilidad civil contractual

La doctrina tradicional que ha quedado expuesta merece, a nuestro juicio, una *observación crítica en lo que se refiere a la responsabilidad contractual*, por cuanto el TS parte del enfoque clásico de que se trata de una responsabilidad subjetiva. Frente a este enfoque, hemos de recordar que el artículo 1101 del Código Civil considera responsable, no sólo al que incurra en negligencia (o dolo o morosidad) en el cumplimiento de sus obligaciones, sino también al que «de cualquier modo» contraviniera el tenor de las mismas; por ello, cabe entender que, junto a la culpa-negligencia, es criterio de imputación de responsabilidad contractual el de la «esfera de control del deudor»; si se mantiene –como creemos que hay que hacer– que dentro de esa esfera el deudor responde objetivamente, no será imprescindible que el paciente-acreedor pruebe la culpa del médico con quien contrató cuando ha sufrido determinados daños a consecuencia del tratamiento recibido ¹⁴⁶; probado el incumplimiento del contrato (con culpa o sin ella), el deudor podría exonerarse acreditando la concurrencia de una circunstancia de caso fortuito o fuerza mayor, sinónimos a estos efectos (art. 1105 del Código Civil); mas hemos de reiterar que los riesgos propios de la actividad que desarrolla o que quedan dentro de su ámbito de control (que serían, a nuestro juicio, similares a los que ya apuntamos al analizar la responsabilidad contractual de los centros: la actuación de los auxiliares para el cumplimiento, los daños ocasionados por el instrumental o los materiales empleados, etc.) no pueden considerarse constitutivos de caso fortuito, por imprevisibles o inevitables que fueran.

4.2.3 La responsabilidad civil extracontractual y los síntomas de objetivación apreciables en la jurisprudencia

En cuanto a la *responsabilidad extracontractual* sí que no cabe duda que es de carácter subjetivo, a la vista del artículo 1902 del Código Civil ¹⁴⁷. Pero bien conocida es la tendencia jurisprudencial de objetivación. Es cierto que durante mucho tiempo la responsabilidad extracontractual del personal médico-sanitario ha sido uno de los reductos en que no se había dejado sentir esa tendencia jurisdic-

siendo esperables todo caso de complicaciones, parece razonable entender que el demandado debería haber remitido al paciente desde el principio a un centro que contara con medios suficientes para atender estos casos, absteniéndose él mismo de operarle en otro que no estuviera en tal situación. En este sentido, cabe mantener con FERNÁNDEZ COSTALES («La responsabilidad...», cit., pp. 641 y 642) que hubo negligencia en el cirujano, suficiente para desatar su responsabilidad contractual.

¹⁴⁶ De ahí que tampoco estemos de acuerdo con la calificación de la obligación del médico como de medios, idea sobre la que volvemos más adelante, al analizar el artículo 28.2 LGDCU.

¹⁴⁷ Este es el precepto con el que comúnmente se juzga la responsabilidad extracontractual de los médicos; no obstante, es claro que también puede serles aplicable el artículo 1903.IV, si el daño es directamente ocasionado por sus dependientes (por ejemplo, por el personal auxiliar que tiene empleado).

cial; con todo, y pese a la contundencia de las declaraciones generales que transcribimos *supra* ¹⁴⁸, de un tiempo a esta parte son apreciables algunos síntomas que parecen denotar un cierto cambio de actitud en nuestro TS ¹⁴⁹. Los mismos se refieren tanto al rigor de la diligencia exigida como a la carga de la prueba de la culpa.

1. En cuanto a la *diligencia exigible*, el TS ha subrayado en un buen número de sentencias que la misma ha de ser extrema, o que basta cualquier negligencia, por mínima que sea, para apreciar responsabilidad en el facultativo o sanitario actuante. En ello inciden, ante todo, dos consideraciones: de un lado, el carácter de profesional del llamado a responder; y, de otra, la importancia de la salud como bien jurídico protegido, amparado incluso constitucionalmente.

1.1 La primera de esas consideraciones (*profesionalidad del agente*) está presente, por ejemplo en las siguientes sentencias:

1.^a *STS 29 de abril de 1988*. En este caso el médico, demandado ex artículo 1902 del Código Civil, había procedido a la ligadura de un uréter al practicar una histerectomía, lo que ya ponía de manifiesto su obrar negligente. Pero nos interesa destacar las consideraciones que hace el TS, para el cual hubo «una conducta descuidada en el facultativo demandado, máxime en un profesional ginecólogo a quien presuntivamente se le atribuye una pericia en su hacer técnico que aparece truncada en este supuesto específico (...); ante el riesgo señalado, que al demandado debía constarle por ciencia propia, éste no atemperó su conducta con la suficiente diligencia para evitar los daños previsibles, lo que revela una negligencia, aunque sea en un grado mínimo, pero suficiente para atraer hacia él mismo la responsabilidad culposa por el daño inferido a la actora...»

2.^a *STS 23 de febrero de 1994*. En otro supuesto claro de negligencia (lesión de nervio ciático por introducir incorrectamente una aguja hipodérmica en zona musculosa), en que se apreció la responsabilidad extracontractual de la ATS y el INSALUD, el TS declaró: «si efectivamente la responsabilidad en el ámbito sanitario, no lo es en función del resultado..., sino de la adecuación de medios a emplear..., no es menos cierto que en esa aplicación de medios subyace una necesaria e imperiosa atención en ello, de suerte que *por respeto a la deontología profesional y obediencia a la lex artis ha de extremarse dicha atención* para que no resulte fallido o contraproducente el medio empleado...».

3.^a *STS 10 de octubre de 1994*. Aunque en este supuesto los demandados con base en el régimen de la responsabilidad aquiliana (médicos y SAS) resultaron absueltos, y aunque en esta sentencia el TS reitera su tradicional doctrina acerca de la necesidad de que medie una culpa

¹⁴⁸ Vid. el primer apartado del epígrafe 4.2.1.

¹⁴⁹ Lo apuntaban, hace ya algunos años, CABANILLAS SÁNCHEZ, en «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)», *ADC* 1991, pp. 909 y 912, y PANTALEÓN PRIETO, en «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1997, entre otros.

incontestable y debidamente probada, en ella precisa: «los médicos no cuentan en su disponibilidad científica la facultad y menos el poder de curar con absoluta exactitud y seguridad, por lo que no se les puede exigir, *pero sí y con el mayor rigor posible, su diligencia, preparación y atención continuada y en todo momento a los enfermos que a ellos se confían*, por lo que su integridad profesional difícilmente admite fisuras».

4.^a *STS 28 de julio de 1997*. El TS apreció la responsabilidad *ex artículo 1902 del Código Civil* de un médico que, en el curso de una operación, había seccionado un uréter a una paciente, aduciendo que se trataba de un riesgo evitable extremando la precaución, «*precaución extrema* –añade el Supremo– *de todo punto exigible a profesionales suficientemente capacitados y preparados para efectuar este tipo de intervenciones sin tener por qué ocasionar un daño añadido*».

1.2 Como sentencias en las que el TS extrema la diligencia exigible a los facultativos en consideración –sobre todo, aunque no únicamente– a la *importancia del bien jurídico protegido (la salud)*, recordando además su tutela constitucional, cabe citar las siguientes:

1.^a *STS 20 de marzo de 1997*. El TS, estimando que el alta médica dada a un enfermo había sido prematura, subraya en relación con la responsabilidad del médico (estimada con base en el artículo 1902 del Código Civil): «No ha de atenderse a la intensidad de la negligencia, *basta que concurra y represente falta de diligencia conveniente, cuando se trata de cuestión tan primordial como es la procura, protección y defensa de la salud de las personas*, que el artículo 43 de la Constitución reconoce como un derecho (...) la actividad de sanar y la propia diligencia médica, ha de prestarse con la aportación profesional más completa, sin regatear medios ni esfuerzos (SS 16 de febrero y 22 de mayo de 1995), y por ello deben de evitarse las decisiones precipitadas y apresuradas, como son las altas injustificadas, al representar una irreflexión o incluso rutina, que en nada favorecen al enfermo, pues, al contrario, repercuten negativamente en su salud»¹⁵⁰.

2.^a *STS 7 de abril de 1997*. En este caso, el neurocirujano-jefe de un hospital y el SAS habían sido demandados, en exigencia de responsabilidad extracontractual, por una paciente que aducía que el retraso en practicársele una operación quirúrgica había reducido los efectos beneficiosos de dicha operación. Para desestimar el recurso interpuesto por el neurocirujano, en el que éste trató de justificar el retraso con la existencia de listas de espera en los hospitales públicos, el Supremo argumentó: «La negligencia la ocasiona, en este caso, el no haber agotado la ciencia médica en tiempo oportuno y con posibilidades muy próximas de alcanzar resultados serios favorables, así como por la falta de empleo de los medios de curación al alcance... para la procura de la mejor salud

¹⁵⁰ Esta doctrina se reitera parcialmente –aun sin invocar el artículo 43 CE– en la *STS 20 de septiembre de 1997*, que también apreció negligencia médica en el alta de una interna a la que se había diagnosticado una gastroenteritis, cuando en realidad tenía una peritonitis, de la que hubo de ser operada, en grado de extrema gravedad, unos días después del alta.

del recurrido, pues la importancia de este derecho humano primordial —que la Constitución en su artículo 43 proclama como derecho ciudadano— no puede supeditarse a una deficiente organización burocrática hospitalaria o a meros formalismos, desgraciadamente muy usuales en los ámbitos sanitarios, para eludir los deberes de prestar cuidado eficaz a los pacientes, sin condicionamientos, disculpas ni aplazamientos más o menos convencionales o acomodados a otros intereses ajenos a los que impone la completa asistencia a los enfermos, que confían en el médico y le entregan el don tan preciado como es el cuidado de su salud».

En la sentencia no queda del todo claro cuál es la razón por la que, a fin de cuentas, se viene a hacer responder de «la deficiente organización burocrática hospitalaria» al médico demandado, mientras que al SAS se le condenó por culpa *in vigilando* o *in eligendo* respecto de aquél, con base en el artículo 1903 del Código Civil; tan sólo se apunta en una ocasión que el doctor «propició» el retraso; esto y, sobre todo, el hecho de que fuera demandado en su condición de neurocirujano-jefe del hospital, hace pensar que la razón por la que se le consideró responsable fue que era él el encargado de organizar las listas de espera, debiendo dar prioridad a los casos que lo precisaran; y el de la actora era uno de ellos, pues se acreditó que «las lesiones que padecía... requerían intervención quirúrgica, cuyos resultados favorables se presentaban más satisfactorios cuanto antes se practicase»; con todo, el TS debería haber sido algo más preciso al puntualizar estos extremos pues, en principio, a un médico que no sea jefe de servicio no se le podrán reprochar los defectos de organización del mismo.

3.^a STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731). El TS apreció culpa en un médico demandado con base en el artículo 1902 del Código Civil porque, habiendo atendido a una enferma en el servicio de urgencias de un hospital, ni reclamó el resultado de una prueba de recuento plaquetario cuya práctica había solicitado por ser ello elemental y habitual en dicho servicio, ni remitió a la enferma al correspondiente especialista, limitándose a enviarla a su domicilio con recomendaciones rutinarias y produciéndose el óbito un día después. Según el Supremo, «la responsabilidad en el ámbito sanitario... exige la necesaria e incluso concentrada y máxima atención al enfermo, por no resultar de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, *al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas*, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento».

Es llamativo que en los tres casos que acabamos de comentar los daños aparezcan vinculados, más que a una positiva actuación negligente de los facultativos, a una omisión de las medidas precisas, sea total como en la hipótesis de las altas inoportunas que dejan al paciente sin la necesaria atención, sea parcial como en el caso de la demora en el tratamiento. En tales supuestos resulta especialmente conflictiva la determinación del nexo causal entre omisión y daño, pues éste es resultado directo de la enfermedad o dolencia, de modo que la abstención lo único que hace es no evitar o no aminorar al menos los efectos propios

del mal que aqueja al enfermo. Con todo, el TS admite la existencia de nexo causal en los casos comentados; en los de las Sentencias de 20 de marzo y 9 de junio de 1997 (Ar. 4731), porque entiende que la omisión negligente podía considerarse, no como causa eficiente del daño, mas sí como causa suficiente o coadyuvante¹⁵¹; y en el de la Sentencia de 7 de abril de 1997, porque, además de que las pruebas habían acreditado que el efecto beneficioso de la operación aumentaría cuanto antes se practicara, el médico no había probado «como le incumbía, que el retraso que propició para que el recurrido fuera operado, no tuviera ninguna clase de influencia en el empeoramiento de su salud y secuelas que le afectan»¹⁵².

En cambio, en otras sentencias del TS la referencia al artículo 43 del Código Civil probablemente ha servido para eludir los problemas de determinación del nexo causal entre la omisión asistencial y el daño consistente en la muerte del enfermo. Es el caso de las Sentencias de 19 de junio de 1990¹⁵³ y 7 de mayo de 1997, en las que en supuestos de falta de atención médica el Supremo consideró conculcado el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 43 CE, deduciéndose de ello la causación de un daño moral a quienes se vieron privados de tal derecho; para el TS, ese daño es indemnizable al amparo del artículo 1902 del Código Civil. Por tanto, la relación de causalidad no se establece entre la omisión culposa y el fallecimiento, sino entre aquella y el daño moral insito a la privación de asistencia¹⁵⁴.

¹⁵¹ Señala la STS 20 de marzo de 1997: «La calificación de actuación culposa que hace el Tribunal de instancia resulta así correcta..., aunque no se hubiera determinado que fuera la causante directa de la muerte del paciente de que se trata, en cuanto representa una situación concurrente y de coadyuvancia por la ruptura que se produjo en su tratamiento y hasta dejadez, al imponerle el abandono del centro hospitalario en que estaba internado, sin la certeza de que su recuperación se había producido satisfactoriamente»; en términos similares se pronuncia la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731): «... si bien las omisiones constatadas no acreditan que hubieran desencadenado directamente el resultado de muerte... tampoco lo descartan (...) si no se precisó la causa concreta que desencadenó el óbito, tampoco se probó que se hubieran empleado los conocimientos y técnicas sanitarios más adecuados y precisos. No procede, consecuentemente, descartar la ausencia total de relación causal, ya que si bien la causa eficiente puede resultar imprecisa, sí cabe apreciar suficiencia de la misma... El enfermo espera una actuación sujeta a estos parámetros (de corrección y conformidad a las leyes médicas) y efectivo empleo de los medios técnicos procedentes y cuando así no sucede, las omisiones probadas han de reputarse contributivas en forma muy decisiva e influyente en la conformación causal. La propia negligencia considerada en su totalidad resulta determinante del daño, ya que no convergen causas suficientes para poder decretar su total desconexión».

La STS 20 de septiembre de 1997, citada en la nota 150, también en un caso de alta inoportuna, afirma sin más la existencia de nexo causal entre la negligencia médica y el daño producido.

¹⁵² Veámos en la nota precedente que la misma idea, en cuanto a la prueba de la falta de nexo causal, aparece apuntada en la STS 9 de junio de 1997 (Ar. 4731).

¹⁵³ *Vid.*, en el sentido que acabamos de apuntar, el comentario a esta sentencia de PARRA LUCÁN, *CCJC* n.º 24, 1990, pp. 861 ss., en particular, pp. 869 a 872.

¹⁵⁴ En el caso de la STS 19 de junio de 1990, la ATS de un hospital, que había recibido orden de no admitir ningún ingreso por falta de camas, remitió a otra residencia a un enfermo que venía, trasladado en una ambulancia, con un volante de ingreso exten-

2. Por lo que respecta a la *carga de la prueba de la culpa*, en la práctica es evidente que el TS ha relativizado su tradicional doctrina¹⁵⁵, según la cual dicha prueba incumbe al paciente o a sus herederos. Efectivamente, no cabe duda que a éstos puede resultarles muy complicado acreditar que hubo negligencia en la asistencia recibida¹⁵⁶; y ello

dido por el médico del servicio de urgencias de la Seguridad Social; lo hizo por propia iniciativa, sin avisar a ningún médico de guardia y pensando que era un enfermo bronquítico, aunque no llegó a descifrar completamente el volante; el enfermo dejó de respirar poco después, falleciendo ya en la segunda residencia. Su viuda e hijos demandaron al hospital donde se negó el ingreso, que fue absuelto en las dos primeras instancias; la Audiencia, aunque apreció negligencia en la ATS empleada del hospital y en éste mismo, por no tener un médico de puerta, entendió que los actores no habían probado suficientemente la relación de causalidad entre la omisión negligente y el daño. Como sabemos, el TS elude el problema valiéndose del artículo 43 CE, cuya infracción (además de la de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil) habían denunciado los recurrentes: «su conculcación –dice la sentencia– produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinable en el artículo 1902 del del Código Civil...». La STS 7 de mayo de 1997 se valió prácticamente del mismo argumento para estimar la responsabilidad del INSALUD en un caso en que un paciente con neumonía falleció en un hospital, después de que durante todo un fin de semana no le visitara ningún médico. Eso sí, la sentencia de 1990 precisa con mayor detalle dónde radica el daño moral indemnizable: «la impotencia, la zozobra, la ansiedad, la angustia hasta llegar al centro médico y, después, la tragedia en el traslado de uno a otro (dejó de hablar y respirar, murió) y la duda, la eterna duda, de si el esposo y padre subsistiría de haberse cumplido y no vulnerado el derecho constitucionalmente reconocido, todo lo cual conlleva sufrimiento, daño moral y enlace directo con la omisión ilícita, como su causa directa, inmediata, adecuada y eficiente».

¹⁵⁵ Vid. a este respecto, aparte de los autores que citamos en las siguientes notas, RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pp. 57 ss., con otras referencias bibliográficas, además de a la práctica judicial.

¹⁵⁶ Así lo destacan, por ejemplo, CABANILLAS SÁNCHEZ («La responsabilidad...», cit., p. 909) y SÁNCHEZ GÓMEZ («Comentario a la STS 12 de julio de 1994», cit., p. 485, y «Comentario a la STS 2 de diciembre de 1996», *CCJC* n.º 43, 1997, pp. 348 y 349); CABANILLAS alude, además, al estado de la cuestión en los tribunales de diversos países, sobre todo de nuestro entorno europeo, en los que, por distintas vías, se ha atemperado la atribución de la carga de la prueba de la culpa al paciente (*op. cit.*, pp. 909 a 912). ÁNGEL YÁGÜEZ (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid, 1995, p. 41, y «La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*. Libro de ponencias del II Congreso *Derecho y Salud*, Junta de Andalucía, 1994, pp. 47 ss.) apunta diversas propuestas que facilitarían la prueba de la culpa, muchas de las cuales se comentan en la exposición que sigue, como la utilización de la prueba de presunciones o la culpa virtual, además de la inversión misma de la carga probatoria.

Algo que al actor puede resultarle especialmente difícil de probar es que el médico no cumplió correctamente con su deber de información hacia el paciente (o sus familiares). Dado que probar una omisión es enormemente complicado y que, en cambio, al obligado a informar le es relativamente sencillo acreditar que ha cumplido con su obligación (por ejemplo, mediante formularios que el paciente o sus familiares han de firmar), lo más razonable en estos casos sería atribuir al médico (o, en su caso, el centro sanitario) la carga de la prueba (así lo entiende la doctrina mayoritaria, tal y como observa SÁNCHEZ GÓMEZ, en su «Comentario a la STS 12 de julio de 1994», cit., p. 483; más recientemente se manifiesta conforme a esa doctrina también RIVERA FERNÁNDEZ, en *La responsabilidad...*, cit., p. 56); la STS 25 de abril de 1994, por ejemplo, sigue esta línea (eso sí, en un caso de responsabilidad civil contractual), confirmando la condena *ex* artículos 1101 y 1104 del Código Civil del médico demandado porque «no acreditó haber hecho llegar al actor recurrido la información necesaria» acerca de la posibilidad de que

por diversos factores: básicamente, porque estamos en un sector altamente especializado, que requiere conocimientos profesionales para determinar si el tratamiento ha sido o no el correcto o el más idóneo, y porque con frecuencia los elementos que pueden servir para valorar la corrección de la intervención médica (la historia clínica, por ejemplo) se encuentran en poder de aquellos a los que se pretende exigir responsabilidades¹⁵⁷.

De ahí que, como decíamos, el TS haya matizado ya en repetidas ocasiones su planteamiento inicial. Así, en su Sentencia de 19 de febrero de 1998, tras reiterar su tradicional doctrina de que es el demandante el que ha de probar la negligencia médica y el nexo causal, añade que la misma se excepciona en dos supuestos: 1.º, cuando el acto médico es una *locatio operis*, siendo la obligación de resultado; y 2.º, cuando el daño del paciente es desproporcionado, o la falta de diligencia, u omisión o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el Tribunal.

Efectivamente, centrándonos en este último aspecto, son abundantes las sentencias que consideran que *la concurrencia de culpa se deduce del resultado* producido, más precisamente, de la anormalidad de ese resultado¹⁵⁸. Así, por ejemplo, aparte de otras que en seguida apuntaremos, la STS 12 de julio de 1988 afirma que «el clamoroso resultado» (atrofia cerebral, entre otras muchas graves e irreversibles secuelas, des-

la vasectomía a que se había sometido no lograrse el fin de la esterilización. Sin embargo, otras sentencias imponen al paciente la carga de probar que no se le informó (v. gr., las SSTS 12 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1997, ambas basadas en el régimen de la responsabilidad aquiliana).

¹⁵⁷ Por ello la STS 20 de marzo de 1997 (en cuyo caso no se pudieron practicar en la primera instancia las pruebas solicitadas por la demandante, precisamente porque el material hospitalario preciso no se había remitido oportunamente) destaca cómo médicos y centros hospitalarios se encuentran en ocasiones en una mejor posición probatoria, «tanto por las dificultades con que tropiezan los particulares afectados a la hora de encontrar peritos especializados y neutrales, como para acceder a la documentación médica necesaria (historia clínica) y así lo advirtió esta Sala en la reciente Sentencia de 2 diciembre de 1996»; a esta sentencia nos referimos en el texto. En otro caso, el de la STS 20 de septiembre de 1997, incluso se había destruido el historial clínico, circunstancia que, según destacó con acierto el Supremo, «no puede hacer recaer sobre la actora la carga de la prueba de ser erróneo tal diagnóstico».

¹⁵⁸ La culpa —señala YZQUIERDO TOLSADA («Comentario a la STS 31 de enero de 1990», en realidad STS 12 de febrero de 1990, cit., p. 287)— se deduce «de determinados hechos que *prima facie* permiten presumirla, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica. Es la técnica deductiva que se resume en el brocardo *res ipsa loquitur*»; éste, como observa CABANILLAS SÁNCHEZ a propósito de su aplicación por los tribunales ingleses y norteamericanos, se aplica cuando el mismo hecho del accidente justifica «la conclusión de que lo más probable es que el demandado fue negligente y que esta negligencia causó el daño»; de modo similar opera la noción de *faute virtuelle* empleada por los tribunales franceses, también comentada por CABANILLAS («La responsabilidad...», cit., pp. 910 y 911).

En línea diferente a la que comentamos en el texto *vid.*, v. gr., la STS 7 de febrero de 1990 (a propósito de las secuelas en un ojo de una operación en la nariz), que subraya que la culpa no radica «en no haberse alcanzado la curación deseada, o en no haberlo sido con las consecuencias normales de dicha intervención quirúrgica, sino en la inobservancia de la conducta ofrecida...».

pués de una operación de apendicitis) «en sí mismo, constituye la prueba de la culpa o negligencia de que depende»¹⁵⁹.

En este sentido, juega un papel especial la *prueba de presunciones* prevista en el artículo 1253 del Código Civil¹⁶⁰. En su Sentencia de 12 de febrero de 1990 (AC, ref. 489/90), el TS, tras recordar que incumbe al paciente probar la culpa del médico y la relación causal, precisa: «a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias»¹⁶¹; y esa relación se daba en el caso, a juicio del tribunal de instancia y del mismo TS: «aunque la intervención se desarrollaba en las proximidades del nervio facial no incidía ni tenía que incidir sobre él directamente... dado que no se ha acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir tal efecto, *puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que dañó el nervio*».

En parecida línea, la STS 2 de diciembre de 1996 (cuya doctrina reiteran las de 18 de febrero de 1997 y 22 de mayo de 1998) reconoce cómo un mal resultado puede generar una presunción desfavorable cuando «por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización». La misma idea se plasma en las SSTS 22 de abril, 12 de junio, 21 de julio y 2 y 13 de diciembre de 1997¹⁶². En definitiva, si el daño producido permite presumir la existencia de negligencia, es el demandado el que habrá de acreditar su obrar diligente para exonerarse de la responsabilidad por culpa.

La misma STS 2 de diciembre de 1996 a la que acabamos de aludir apunta la idea de que, en determinados casos, *también los demandados pueden tener que colaborar en materia de prueba*. En el caso resuelto por esta sentencia, no sólo se había producido un resultado desproporcio-

¹⁵⁹ No obstante, en esta ocasión no fueron condenados los médicos demandados porque, habiendo intervenido muchos facultativos a lo largo del tratamiento, se consideró que a aquéllos no se les podía imputar personalmente una conducta determinante del resultado, siendo condenado sólo el INSALUD por el conjunto de posibles deficiencias asistenciales.

¹⁶⁰ Sobre la relación existente entre la prueba de presunciones y la prueba *prima facie* vid. LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», cit., p. 1002, YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la STS 22 de febrero de 1991», CCJC n.º 26, 1991, p. 395 y, más recientemente, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*. Pamplona, 1996, pp. 191 y 192.

¹⁶¹ La misma doctrina aparecía ya en las SSTS 13 de julio de 1987 y 7 de febrero de 1990, sólo que en ellas no se apreció negligencia alguna en los médicos demandados.

¹⁶² Las cinco sentencias (todas ellas del Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz como Ponente) reiteran que la falta de diligencia en la actividad puede deducirse de la producción del daño, en relación de causalidad con la actividad del profesional médico.

nado a la intervención (pues a consecuencia de una hemorragia postparto, una mujer de 39 años había quedado con una tetraparesia espástica determinante de una minusvalía definitiva), sino que, además, se habían apreciado diversas irregularidades en materia probatoria (como la inexistencia de historia clínica o la negativa de los peritos-médicos a intervenir). De ahí que el TS advirtiese que «en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, *cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria* por su libertad de acceso a los medios de prueba»¹⁶³. En la misma línea se pronuncia el TS en las Sentencias de 1 y 28 de julio de 1997¹⁶⁴, destacando que «tampoco... la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad puede excusarles de *contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte*»; la STS 1 de julio de 1997 admite explícitamente, además, el *desplazamiento de la carga de la prueba al demandado* en casos como el resuelto, en que se apreció descoordinación entre los especialistas que trataron al paciente, falta de consideración de los datos que figuraban en su historial clínico y omisión de información al enfermo sobre los riesgos de la operación que se le iba a practicar; en sentido muy similar se expresa asimismo la STS 22 de mayo de 1998.

Otras sentencias del Tribunal Supremo justifican la inversión de la carga de la prueba basándose en la peligrosidad o potencial dañino de los elementos utilizados para la curación. Así, la Sentencia de 1 de diciembre de 1987 confirmó la declaración de responsabilidad de un médico *ex artículo 1902 del Código Civil*, por los daños ocasionados a una paciente a la que había aplicado una dosis de radioterapia superior a la debida, destacando cómo el demandado no había «probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso», siendo esa falta de diligencia el desencadenante inicial del grave resultado final. Avanzando en la misma línea, la STS 17 de junio de 1989, también confirmatoria de la condena de un médico anestesista con base en el artículo 1902 del Código Civil, afirma rotundamente que «*es a quienes los manejan (se refiere a dispositivos o fármacos objetivamente peligrosos) a los que corresponde probar la diligencia en su uso*, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditasen, salvo

¹⁶³ SÁNCHEZ GÓMEZ (en su ya citado comentario a esta sentencia, p. 349) pone de manifiesto el entronque de esta doctrina con la dictada por el Tribunal Constitucional a propósito de la obligación de aquella de las partes del litigio en cuyo poder estén las pruebas, de aportar los datos requeridos.

¹⁶⁴ Las tres sentencias (2 de diciembre de 1996 y 1 y 28 de julio de 1997) son del mismo Ponente, Excmo. Sr. Almagro Nosete, lo mismo que la también citada *supra* de 22 de mayo de 1998.

la realidad del daño, circunstancias y causas que le son ajenas, al alcance, en cambio, del médico-anestésista que, por cuanto antecede, no ha probado el agotamiento en su diligencia, en supuesto en el que la naturaleza de los hechos requiere que las normas sobre la distribución de la carga de la prueba se interpreten con cierta flexibilidad...». El resultado viene a ser el mismo en la STS 29 de junio de 1990; en el curso de una operación de nódulos en las cuerdas vocales, en la que se utilizaban rayos Lasser, el incendio de una linterna que protegía el sistema de anestesia produjo diversas lesiones a la paciente; el médico (condenado por la Audiencia junto con los otros dos demandados, que eran entidades de la Seguridad Social) adujo en su recurso infracción por inaplicación del artículo 1105 del Código Civil; pero el TS hizo suyo el razonamiento de la Audiencia en el sentido de que la causa del proceso apuntaba «a un actuar no plenamente diligente en el autor de la intervención, *no habiéndose acreditado, y esto es muy importante, lo contrario...* es decir, no sólo... (la) *lex artis*, sino un agotamiento del esmero a aplicar por aquél, en el uso de un medio de tan considerable peligro como el empleado»¹⁶⁵.

4.3 RESPONSABILIDAD OBJETIVA EX LGDCU

1. El artículo 28.2 LGDCU somete, entre otros, los *servicios sanitarios*¹⁶⁶ al régimen de responsabilidad que prevé, que comúnmente se considera *de carácter objetivo*¹⁶⁷. Por tener ese carácter, su cuantía se

¹⁶⁵ Lo cierto es, sin embargo, que en este último caso (el de la sentencia de 1990) probablemente no se le pudiera reprochar nada al cirujano en términos de culpa, debiendo considerarse el incendio como un evento imprevisible. Cosa distinta es que si la responsabilidad fuera objetiva, ese evento no bastaría para eximir de responsabilidad, por quedar dentro de la esfera de la actividad del médico y, por tanto, de los riesgos que le son propios; pero éste no es el caso cuando se trata de la responsabilidad del artículo 1902 del Código Civil.

¹⁶⁶ El Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU, incluye entre los servicios sanitarios los médicos y los hospitalarios, además de los farmacéuticos y veterinarios (Anexo I, apartado C).

¹⁶⁷ En este sentido *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al Capítulo VIII LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 662 y 663, y los autores que cita en la nota 5 de la p. 663, así como su «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», *CCJC* n.º 37, 1995, p. 154; también FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., p. 34; RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la STS 11 de febrero de 1997», cit., p. 674, y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 83; en idéntica línea se expresó PANTALEÓN PRIETO en su «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», cit., p. 1995; el mismo autor, después (en uno de los debates que tuvieron lugar en el Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario» ya citado, p. 241 de las Actas), ha mantenido que, dado que el artículo 28.2 LGDCU ha de relacionarse con el artículo 28.1 LGDCU, que alude a los servicios en los que hubiera «controles técnicos de calidad», refiriéndose así a parámetros objetivos, la responsabilidad que consagra no es por riesgo, sino por culpa «objetivada»: esto es, *responsabilidad por el funcionamiento anormal o malo del servicio sanitario o por defectos organizativos*, lo que no presupone culpas individualizadas en quienes atendieron al paciente. A nuestro juicio, si el

limita a 500 millones de pesetas aunque, si en un caso concreto los daños son más cuantiosos, esto no impide reclamar una indemnización superior conforme a otras disposiciones legales que amparen tal pretensión (art. 28.3 LGDCU).

Al amparo del artículo 28 LGDCU, bastaría para justificar la pretensión indemnizatoria con *acreditar el daño y su relación causal con el servicio prestado*, sin necesidad de probar al mismo tiempo culpa alguna en quien lo prestó¹⁶⁸. El demandado tendría entonces que responder, a no ser que probara una circunstancia determinante de la ruptura del nexo causal, como la culpa exclusiva de la víctima (art. 25 LGDCU)¹⁶⁹ o de un tercero, o un evento constitutivo de fuerza mayor¹⁷⁰. En definitiva, este sistema viene a coincidir con el de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en la LRJPA, que hemos tratado más arriba; por eso creemos trasladables aquí las consideraciones que allí hicimos a propósito de la delimitación de los supuestos de fuerza mayor¹⁷¹.

En cuanto al *ámbito de aplicación del artículo 28.2 LGDCU*, es de destacar lo siguiente:

a) La norma se refiere *tanto a los servicios sanitarios privados como a los públicos*¹⁷²; así resulta, no sólo de la generalidad del término «servicio sanitario», sino también del artículo 1.2 LGDCU, que, al

artículo 28.2 se interpreta así, no aportaría nada nuevo, en la medida en que, como hemos visto *supra*, en los casos señalados por Pantaleón la responsabilidad de los centros sanitarios o de sus titulares resulta de su propia culpa y puede justificarse en el artículo 1902 o, en su caso, 1101 del Código Civil.

¹⁶⁸ En este sentido, BERCOVITZ («Comentario a la STS 22 de julio de 1994», cit., pp. 155 y 156), que observa cómo esta responsabilidad objetiva permitiría al paciente exigir los resultados «normales» del tratamiento, conforme al estado actual de la ciencia y de la técnica; también PARRA LUCÁN, *Daños por...*, cit., pp. 353 y 354, y RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., p. 87.

¹⁶⁹ Apunta BERCOVITZ («Comentario a la STS 1 de julio de 1997», CCJC n.º 45, 1997, p. 1221) que cuando la causa no proceda exclusivamente del llamado a responder objetivamente, sino en parte también de la propia víctima, ello debe dar lugar a una reducción de la indemnización.

Sobre la conducta del paciente como circunstancia apta para romper el nexo causal *vid. supra* nota 81.

¹⁷⁰ Así lo ha entendido el TS en sus Sentencias de 1 de julio de 1997 y 9 de junio de 1998, a las que nos referimos *infra*, a pesar de que la Ley no menciona la fuerza mayor como causa exoneratoria. También, antes de dictarse dichas sentencias, PARRA LUCÁN, *Daños por...*, cit., p. 402.

¹⁷¹ Esto supone considerar que los denominados riesgos del desarrollo médico no son constitutivos de fuerza mayor ni, por tanto, exoneran de la responsabilidad prevista en el artículo 28.2 LGDCU; sin embargo, esta idea no es pacífica: a favor de ella se ha pronunciado, por ejemplo, PARRA LUCÁN (refiriéndose en general a los riesgos del desarrollo en el artículo 28 LGDCU, en *Daños por...*, cit., pp. 398, 399, 402 y 403), mientras que BERCOVITZ («Comentario al artículo 28 LGDCU», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, cit., pp. 718 y 723) se inclina por negar la responsabilidad objetiva en estos casos.

¹⁷² En este sentido *vid.*, por ejemplo, BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., pp. 722 y 723; GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996, pp. 28 y 29, y LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», cit., p. 1003.

definir la noción de «usuario» como persona que utiliza o disfruta servicios, puntualiza «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Mas al servicio público de asistencia sanitaria también le es aplicable el régimen de responsabilidad objetiva consagrado en la LRJPA (régimen que ya existía, aunque en la LRJAE, al promulgarse la LGDCU); por eso se ha entendido que en esta hipótesis el usuario puede elegir la vía que más le convenga¹⁷³. Sea como fuere, lo cierto es que ambos regímenes coinciden en su carácter objetivo, bastando —como acabamos de ver— la prueba del nexo causal entre el tratamiento médico y el resultado dañoso para obtener la correspondiente reparación si el demandado no consigue acreditar la ruptura del nexo; tan sólo en la cuantía de la indemnización existe una importante diferencia, pues la LRJPA no prevé un límite como el del artículo 28.3 LGDCU; mas como este mismo precepto deja a salvo «lo establecido en otras disposiciones legales», es evidente que el perjudicado siempre podrá hacer valer la responsabilidad patrimonial de la Administración para obtener una reparación íntegra del daño, aunque se supere tal límite¹⁷⁴.

b) Por las mismas razones que en el caso anterior, el artículo 28 LGDCU es aplicable tanto a los centros (o a sus titulares) como a los médicos o sanitarios que prestan el servicio¹⁷⁵. Y, como veremos, en la práctica la LGDCU se ha invocado como fundamento de pretensiones resarcitorias tanto en relación con médicos concretos como respecto de los titulares del centro sanitario en cuestión.

c) Por último, también se entiende que el régimen del artículo 28 LGDCU comprende tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual¹⁷⁶. ¿Cuál será, entonces, la relación existente entre ese régimen y el del Código Civil sobre responsabilidad civil? Para ilustrar la cuestión conviene que veamos cuál es la situación en la práctica, a la vista de las sentencias del Tribunal Supremo que han tratado el tema.

2. En lo que respecta a los servicios sanitarios, el Tribunal Supremo, sin aplicar la regla *iura novit curia*, optó durante años por ignorar el artículo 28.2 LGDCU, puesto que no era alegado por los perjudicados¹⁷⁷. Mas esto último cambió en el caso resuelto por la STS

¹⁷³ Así, por ejemplo, GÓMEZ CALERO, *Responsabilidad...*, cit., p. 30.

¹⁷⁴ Dificilmente la valoración del daño ocasionado a una persona en la prestación del servicio sanitario podrá exceder de los 500 millones de pesetas. Pero si se interpretara que ese límite se aplica a todos los daños ocasionados, aun a diferentes personas, por el mismo defecto del servicio (por ejemplo, la utilización de un hilo de sutura defectuoso), es más fácil comprender cómo se puede superar la referida cantidad límite (sobre las dificultades que plantea el artículo 28.3 LGDCU en cuanto a qué conceptos se aplica el límite de los 500 millones, *vid.* BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 726).

¹⁷⁵ En este línea también BERCOVITZ, «Comentario a la STS 1 de julio de 1997», cit., p. 1219, LLAMAS POMBO, «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», cit., p. 1003, PANTALEÓN PRIETO, «Responsabilidad extracontractual», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5948, y PARRA LUCÁN, *Daños por...*, cit., pp. 352 a 354.

¹⁷⁶ Así, *v. gr.*, BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 715, y FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., p. 35.

¹⁷⁷ Así lo destaca BERCOVITZ, en su ya citado «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», p. 154.

22 de julio de 1994, primera de una serie en la que el Supremo *se niega a aplicar a los servicios sanitarios el régimen de responsabilidad objetiva que consagra* el citado precepto, cuando el mismo era invocado por los demandantes al recurrir las sentencias desestimatorias de las Audiencias. En el citado caso, el recurrente (que había demandado al SAS y a la Tesorería General de la Seguridad Social por el estado irreversible en que había quedado tras ser asistido en un centro dependiente del SAS por infarto agudo de miocardio) motivó su recurso de casación en la infracción del artículo 28.2 LGDCU ¹⁷⁸; en él adujo –según el resumen que hace la propia sentencia– que «si, como consecuencia de la prestación de esos servicios médicos, tenemos un enfermo de por vida con un cuadro irreversible de tetraplejía, se llega a la conclusión de que el tratamiento y prestación médico-quirúrgica no ha sido el adecuado... en la operación, o en el tratamiento anestésico, o en el proceso postoperatorio hubo un fallo de actuación que determinó unas consecuencias neurológicas no adecuadas a la intervención inicial».

Sin embargo, en esta sentencia el TS sigue manteniendo su tradicional doctrina de que la responsabilidad derivada de la asistencia médica presupone la existencia de culpa, de acuerdo con los artículos 1101 y 1902 del Código Civil. Descarta la aplicación del artículo 28.2 LGDCU al caso aduciendo que la LGDCU se aplica sólo en el ámbito administrativo y no incide en la responsabilidad civil; afirma, además, su carácter «informador», de donde deduce que su aplicación queda supeditada a la primacía de los preceptos sustantivos, que para el Supremo son los artículos 1101 y 1902 del Código Civil: «... la proyección de la susodicha Ley –dice el TS en referencia a la LGDCU– a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual y extracontractual, concretamente, los acaecidos en el campo de la asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica, vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente prevenido en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil». En consecuencia, como no apreció culpa ni en los médicos ni en la Administración, absolvió a los demandados.

Con ello, como ha observado BERCOVITZ ¹⁷⁹, el TS no sólo está ignorando la existencia y vigencia de un artículo, el 28.2 LGDCU, que claramente consagra una responsabilidad objetiva por los daños derivados de la asistencia sanitaria, sino que se contradice él mismo aplicando, en unos casos sí y en otros no, las normas de la LGDCU a la regulación sustantiva de los contratos y de la responsabilidad ¹⁸⁰.

Después de esta sentencia, el TS volvió a afirmar la inaplicabilidad de la LGDCU a la responsabilidad médico-sanitaria en varias ocasiones:

¹⁷⁸ Lo cierto es que en el caso podía haber invocado la responsabilidad patrimonial (objetiva) de la Administración.

¹⁷⁹ En su ya citado «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», p. 155.

¹⁸⁰ También critica esta sentencia RIVERA FERNÁNDEZ, en *La responsabilidad...*, cit., pp. 84 a 87.

1) *STS 29 de julio de 1994*: En este caso, una constructora había sido condenada por la Audiencia a indemnizar a la viuda de un trabajador por entender que el factor determinante de su muerte fue el accidente que sufrió por falta de medidas de seguridad, «independientemente de posibles errores posteriores». En su recurso de casación, la constructora adujo infracción del artículo 28.1 y 28.2 LGDCU, de donde pretendía derivar la responsabilidad extracontractual objetiva de los médicos que atendieron al accidentado; el TS indicó entonces que «en modo alguno resulta aplicable este precepto para una posible exacción de responsabilidad médica, que una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan –arrendamiento de servicios y no de obra–».

2) *STS 11 de febrero de 1997*. Se trataba de un caso en el que la esposa de un hombre que se había sometido a una vasectomía había quedado embarazada, a pesar de que las pruebas analíticas posteriores a la operación habían corroborado la infertilidad del marido; el matrimonio demandó al cirujano contratado, a los dos analistas que hicieron las pruebas posteriores y a las respectivas compañías aseguradoras. Desestimada la demanda en las dos primeras instancias, los demandantes adujeron en su recurso de casación violación de los artículos 25, 26, 27, 28 y 29 LGDCU, por no acogerse la responsabilidad objetiva que en ellos se consagra. Motivo que el TS rechazó con el tradicional argumento de que «en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder cuyo reproche se insta, la del daño devenido y la de la debida relación causal». Con ello se ignora de nuevo que el citado artículo 28 también es Derecho positivo y no se basa en principios subjetivistas. No obstante, hay que reconocer que, dadas las circunstancias del caso, tampoco podría haberse declarado responsables a los demandados aplicando el artículo 28.2 LGDCU dada la falta de relación causal entre el tratamiento y el resultado cuya reparación se pretendía ¹⁸¹.

3) *STS 27 de junio de 1997*. Una mujer que había quedado embarazada tras someterse a una ligadura de trompas ejerció acción de responsabilidad extracontractual contra dos médicos y el INSALUD; desestimada su pretensión en primera instancia, intentó fundamentar la responsabilidad en el artículo 25 LGDCU, mas la Audiencia consideró esta normativa inaplicable a la asistencia médica de la Seguridad Social, confirmando la sentencia del Juzgado; en su recurso de casación, la actora denunció («en búsqueda... de la responsabilidad objetiva», dice el TS) infracción tanto del artículo 106.II CE (que el TS rechazó por entender que el resultado lo fue de la «imprevisible naturaleza humana», consti-

¹⁸¹ *Vid.* al respecto lo ya dicho sobre este caso *supra*, en la nota 83.

tuyendo por eso un caso de fuerza mayor ¹⁸²), como de los artículos 25 y 26 LGDCU. Es llamativo que los preceptos invocados de la LGDCU sean éstos, cuando es el artículo 28 el que explícitamente se refiere a los servicios sanitarios, y cuando comúnmente se entiende ¹⁸³ que el artículo 26 consagra un sistema de responsabilidad por culpa aunque con inversión de la carga de la prueba. En cualquier caso, tampoco el artículo 28 LGDCU hubiera justificado en este caso la responsabilidad de los demandados, y ello por las mismas razones que el TS apuntó en relación con el artículo 106 CE.

Pero lo que aquí interesa son los argumentos con los que el TS desestimó este motivo. De una parte, y en alusión implícita a los artículos 25 y 26 LGDCU, destaca: «Ni siquiera existe referencia a qué defecto (acción u omisión) puede achacarse a los servicios sanitarios (...), sin demostrar que los perjuicios provengan de la *utilización del servicio* (...). Si se cumplieron las exigencias, cuidados y diligencias reclamables del servicio sanitario, que actuó con plenas garantías, ninguna responsabilidad se le puede exigir»; por tanto, hasta aquí el Supremo no niega la aplicabilidad de la LGDCU a los servicios sanitarios, sino que no aprecia responsabilidad porque no se dan los presupuestos de los preceptos citados. Lo que ocurre es que a lo dicho añade: «Y respecto del acto médico... sólo queda por añadir que, *como tal acto, no queda incluido en la... Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*»; con esta última frase, el TS parece referirse a la responsabilidad de los médicos en particular, a la que no considera aplicable la LGDCU, coincidiendo en este punto con las sentencias anteriores.

3. Muy poco después de pronunciarse las sentencias que acabamos de comentar, se produce un cambio radical en la jurisprudencia del TS, iniciado por dos sentencias, de *1 y 21 de julio de 1997*; en ambos casos se trataba de la amputación de una pierna previamente operada y en la que se había detectado una infección ¹⁸⁴. En las dos se admite, en línea de principios, la *aplicabilidad de la LGDCU a los servicios prestados por el INSALUD*, doctrina que después ha reiterado el TS en varios fallos.

¹⁸² A este punto ya nos referimos *supra* en el apartado 2 del epígrafe 4.1.1.

¹⁸³ BERCOVITZ, «Comentario al Capítulo VIII LGDCU», cit., p. 662, y Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, cit., pp. 644 y 645.

¹⁸⁴ Mientras que en el caso de la Sentencia de 1 de julio no se pudo determinar el origen hospitalario o extrahospitalario de la infección, en el de la de 21 de julio se consideró acreditado que la infección se produjo dentro del hospital en que la demandante fue operada; en el primer caso, se admitió que el paciente podía haber contraído la bacteria infecciosa en el traumatismo provocado por el accidente origen de la lesión y que, al cabo de nueve años, hizo aconsejable la operación de artroplastia, mas lo que se reprocha a los médicos es que, habiéndose detectado esa bacteria ya en un análisis anterior a la operación, no se hubiera aplicado ningún tratamiento preventivo ni especiales medidas de asepsia al operar o tener internado al paciente; hay que subrayar, además, que en este caso de la STS 1 de julio de 1997, la amputación no fue inmediata consecuencia de la infección sino, en general, del mal estado de la rodilla del paciente un año después de la operación.

1) En el caso resuelto por la *STS 1 de julio de 1997*, el actor adujo en su recurso de casación infracción tanto de los artículos 1 y 28 LGDCU, por inaplicación, como de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y el TS, al referirse a los preceptos de la LGDCU, señaló: «Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1.º 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... 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 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” (...). Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o... dejan de funcionar... 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... La culpa exclusiva del paciente... excluiría la responsabilidad objetiva... 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».

No obstante la referencia que la sentencia hace al artículo 1 LGDCU y a la irrelevancia de la naturaleza, individual o colectiva, del prestador del servicio, este régimen de responsabilidad objetiva no se trae a colación al enjuiciar la actuación del médico codemandado, enjuiciamiento que la sentencia hace a la luz de las reglas de responsabilidad extracontractual del Código Civil.

Con todo, las consideraciones hechas respecto de la aplicabilidad del artículo 28.2 LGDCU constituyen un *obiter dicta* ya que, al final, médico e INSALUD fueron condenados solidariamente por culpa, al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil ¹⁸⁵, argumentando-

¹⁸⁵ A juicio de BERCOVITZ (en su ya citado comentario a esta sentencia, pp. 1219 y 1220), sin embargo, los criterios aplicados por el Supremo en la apreciación de la culpa,

se al efecto que «la responsabilidad objetiva del centro sanitario queda embebida en el mayor coste que atribuimos a la responsabilidad culposa, pues ambas son incompatibles en cuanto sumandos independientes, caso de concurrencia de normas, como acontece en el caso, respecto de unos mismos hechos».

No se ve muy bien qué ha querido significar el Supremo al referirse al «mayor coste» de la responsabilidad por culpa; si alude al límite de la cuantía de la responsabilidad *ex* artículo 28 LGDCU en contraste con la reparación íntegra exigible al amparo de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, ello no justificaría aquí la preferencia de estos últimos, dado que la indemnización concedida fue de 15.000.000 de pesetas, muy lejos del límite de 500 millones fijado en el artículo 28.3 LGDCU. En cuanto a la relación existente entre ambas normativas, dado que la LGDCU es una Ley posterior al Código Civil y que el legislador ha optado por referirse en ella explícitamente a los servicios sanitarios para vincularlos a un sistema de responsabilidad objetiva, ¿no habría que entender que es éste el régimen preferentemente aplicable a dichos servicios, como regla especial además, en lugar de la cláusula o principio general plasmado en el artículo 1902 del Código Civil? Ello sin perjuicio de que si la cuantía del daño excediera del límite previsto en el artículo 28.3 LGDCU, el perjudicado pudiera reclamar el exceso con base en la responsabilidad por culpa de los artículos 1902 y 1903 del Código Civil¹⁸⁶.

2) La *STS 21 de julio de 1997* hace suya la doctrina de la de 1 de julio de 1997, mas con la peculiaridad de que lo hace de forma espontánea (*iura novit curia*), pues quien recurría en este supuesto era el INSALUD, único demandado y condenado en las dos instancias previas, y que, claro está, en ningún momento invocó la LGDCU. Así, tras afirmar a propósito del artículo 1903.IV del Código Civil que «la responsabilidad del empresario, en general, tiene su matiz marcadamente objetivo, basándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*»¹⁸⁷, el Supremo añade que, a mayor abundamiento, son aplicables al caso los artículos 1, 26 y 28 LGDCU «en cuanto la demandante es consumidora (art. 1), ha utilizado unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII»; en consecuencia, afirma que la responsabilidad del INSALUD como empresaria del centro en que la paciente fue atendida era directa por el artículo 1903.4.º del Código Civil y «*objetiva* no sólo por la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también *por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios*»; hay,

tanto del INSALUD como del médico, son tan extremadamente rigurosos, que duda que los mismos no supongan, en la práctica, la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva.

¹⁸⁶ En este sentido, BERCOVITZ, «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 727.

¹⁸⁷ No se comprende el porqué de la alusión a dicha culpa como fundamento de responsabilidad cuando se está destacando precisamente su «matiz marcadamente objetivo».

no obstante, cierta confusión en los argumentos pues tan pronto se dice esto como, a renglón seguido, se añade que «*ciertamente, el artículo 1903 presupone una actuación culposa, pero ésta... se deduce del propio resultado producido*»; aparte de la alusión, transcrita unas líneas atrás, a la culpa *in vigilando* o *in eligendo* como fundamento de la responsabilidad del empresario según el artículo 1903.IV del Código Civil. De un lado, pues, se afirma y trata de justificar la responsabilidad objetiva del INSALUD pero, de otro, el TS no prescinde de las consideraciones culpabilísticas ni prescinde del recurso al artículo 1903 del Código Civil, que es el que finalmente justifica la condena.

3) En el caso de la *STS 11 de febrero de 1998* el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación que había interpuesto el INSALUD aduciendo –entre otros motivos– aplicación indebida de los artículos 1902 y 1903.IV del Código Civil, por falta de nexo causal y de culpa (el único médico codemandado había sido absuelto sin que la actora lo recurriera); el Supremo desestimó el recurso por apreciar la concurrencia de ambos requisitos, aunque no sin subrayar que el artículo aplicable «debió ser» el 28 LGDCU, «como vió el Juez de Primera Instancia con todo acierto, no así la Audiencia sentenciadora»; y es que, en un pasaje anterior de la sentencia, el Tribunal ya había establecido que el servicio sanitario, como tal, quedaba sometido al régimen de responsabilidad objetiva previsto en el citado artículo.

4) La *STS 6 de mayo de 1998* tampoco necesitaba recurrir al artículo 28 LGDCU para justificar la declaración de responsabilidad del INSALUD (único demandado). Sin embargo, lo cita a mayor abundamiento cuando, después de haber basado tal declaración en el régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, añade: «Sin contar con la razón, también importante y justificadora por sí misma de la condena del INSALUD, de que, *a tenor del artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, corresponde al empresario, en este caso el INSALUD, responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios*, salvo que, como se dice en el artículo 25 de la misma ley, aquellos daños estén originados... por la culpa exclusiva del dañado o de las personas de las que debe responder».

5) La *STS 9 de junio de 1998* hace suyo este último razonamiento, además de la doctrina de la Sentencia de 1 de julio de 1997, transcrita unas líneas atrás; a ello añade una cierta comparación de los artículos 1903 del Código Civil y 28 LGDCU, señalando que en el caso del último precepto «se aprecian matices de progreso encaminados a favorecer la reclamación de los perjudicados por actos envueltos en la responsabilidad difusa de sus autores directos, mediante la configuración de una responsabilidad prácticamente objetiva...». Una vez más, en este caso el demandante había aducido en su recurso de casación violación por inaplicación del artículo 28 LGDCU, precepto que la sentencia recurrida había considerado inaplicable al caso, según explica el Supremo, «por no haberse ejercitado la acción correspondiente (en síntesis, el art. 1903 del del Código Civil supondría una acción, y el art. 28

de la Ley General de Consumidores y Usuarios, otra)»; el TS discrepa de este planteamiento y se adscribe a la línea jurisprudencial según la cual son los hechos base de la demanda, y no la fundamentación jurídica de la misma, los que configuran la *causa petendi*¹⁸⁸; dice el Supremo: «... cuando los hechos permanecen sustancialmente idénticos, como configuradores de un determinado supuesto normativo (y dentro de la congruencia), la elección de la norma es función netamente judicial. Lo que no puede el juzgador es cambiar la pretensión, introduciendo de oficio una especie de “acumulación de acciones” no ejercitada. Pero si respecto de los “hechos” se produce una concurrencia de normas que permiten la operación de subsunción y alguna de ellas con exclusión de otras se considera más idónea en su aplicación al caso dentro de lo pedido, tal cometido se revela formando parte del oficio judicial». Todos estos argumentos condujeron al TS a estimar la responsabilidad del SAS, fundándola en el artículo 28 LGDCU.

Pues bien, cuando a la vista de estas sentencias parecía que el Tribunal Supremo se había decidido a admitir la aplicabilidad del régimen previsto en el artículo 28 LGDCU a los prestadores de servicios sanitarios, al menos a los titulares de centros sanitarios públicos, una nueva sentencia del mismo Tribunal, de 19 de junio de 1998, se desmarca de esta línea¹⁸⁹. En este caso, la Audiencia había fundado la responsabilidad objetiva del Servicio Andaluz de Salud y de la Junta de Andalucía tanto en el artículo 139 LRJPA como en el artículo 28 LGDCU; el TS casa la sentencia y absuelve a los organismos públicos demandados argumentando, en síntesis, que la responsabilidad derivada del funcionamiento de los servicios públicos se regula por las disposiciones administrativas al efecto, cuya aplicación no se puede ver desplazada por la del artículo 28 LGDCU; a juicio del Supremo, como las normas civiles no eran aplicables al caso, la Audiencia debería haber apreciado de oficio la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, para que fuera ésta la que resolviera conforme a las correspondientes disposiciones administrativas.

Frente a esto, ya hemos indicado cómo, a nuestro juicio, el artículo 28 LGDCU es aplicable a todo prestador de servicios sanitarios, sea público o privado¹⁹⁰; y el propio Tribunal Supremo, en las sentencias antes reseñadas, ha admitido la sujeción del INSALUD —u organismos equivalentes— al régimen de responsabilidad que prevé el tan citado precepto. En otro orden de cosas, tampoco vemos inconveniente en que los tribunales civiles apliquen, si es lo que procede, las normas relativas a la responsabilidad patrimonial de la Administración¹⁹¹.

¹⁸⁸ A esta cuestión ya nos referimos *supra*, en el epígrafe III. La sentencia que estamos comentando sigue la línea de (y cita a) la de 18 de febrero de 1997, que también tratamos allí.

¹⁸⁹ Aunque, curiosamente, es del mismo Ponente (Excmo. Sr. Gullón Ballesteros) que la de 11 de febrero de 1998, comentada unas líneas atrás como exponente de la nueva orientación jurisprudencial.

¹⁹⁰ *Vid supra*, lo dicho sobre el ámbito de aplicación del precepto en el primer apartado de este epígrafe 4.3.

¹⁹¹ *Vid supra*, apartado 4 del epígrafe 4.1.1.

4. Para terminar, podemos plantearnos en qué medida ha de incidir el régimen previsto en el artículo 28.2 LGDCU en la doctrina tradicionalmente mantenida por el TS (a veces, como hemos visto, más a nivel de principios teóricos que de efectiva aplicación práctica) en punto a la responsabilidad de los profesionales sanitarios y de los centros asistenciales:

1) Por un lado, es claro que conforme al citado artículo de la LGDCU no puede decirse que en este ámbito queda descartada toda responsabilidad más o menos objetiva y que incumbe al demandante probar que ha habido negligencia¹⁹². Hay que subrayar, además, que ya antes de promulgarse la LGDCU, esa tradicional afirmación jurisprudencial era matizable, sobre todo atendiendo al régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, en el que, como hemos comprobado en diversos puntos de este trabajo, la culpa no es el único criterio de imputación.

2) De otro lado, ¿podrá seguir manteniéndose la calificación jurisprudencial de la obligación contractual de los profesionales sanitarios y de los centros asistenciales como obligación de medios y no de resultado¹⁹³, cuando la responsabilidad que consagra el artículo 28.2 LGDCU es objetiva?¹⁹⁴

Simplificando mucho, cabe decir que cuando la obligación es de resultado, lo comprometido (el objeto de la prestación) es la consecución de un determinado resultado, de modo que al acreedor le basta con probar que el mismo no se ha obtenido para acreditar el incumplimiento, debiendo entonces el deudor demostrar que ello se debe a una causa que no le es imputable. Si la obligación es de medios, lo comprometido es el desarrollo de una actividad, hacer todo lo posible para conseguir un fin, pero sin asegurar éste; por ello, no conseguir el fin pretendido no significa incumplimiento; es no observar la diligencia precisa lo que conforma el incumplimiento, luego eso es lo que ha de probar el acreedor, la culpa del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones¹⁹⁵.

¹⁹² Así lo subraya también BERCOVITZ, en su «Comentario al artículo 28 LGDCU», cit., p. 723, nota 32.

¹⁹³ Ya vimos que el TS generalmente extiende esta distinción al ámbito extracontractual, pero también hemos apuntado ya cómo parece más razonable circunscribirla a las obligaciones contractuales.

¹⁹⁴ En referencia a este precepto, CABANILLAS SÁNCHEZ («La responsabilidad...», cit., p. 913) considera una paradoja y poco equitativo que a una obligación de medios se vincule una responsabilidad objetiva; en idéntica línea, FERNÁNDEZ COSTALES (*La responsabilidad...*, cit., p. 56) subraya que la responsabilidad objetiva debería descartarse cuando la obligación es de medios.

¹⁹⁵ A propósito de la delimitación entre estos dos tipos de obligación, *vid.* el trabajo ya citado de LOBATO GÓMEZ, «Contribución...», cit., en particular pp. 681 ss. y 713 ss.

Vid. también las SSTs de 22 de abril, 12 de junio y 21 de julio de 1997, cuyo Ponente fue el Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz, y en las que, a propósito de supuestos de responsabilidad civil médico-sanitaria, se aborda con detalle este tema; en ellas se dice: «... en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de

Pues bien, que el artículo 28.2 LGDCU consagre una responsabilidad objetiva, en nada viene a enturbiar el hecho claro de que *la obligación de los profesionales sanitarios y de los centros no es la de conseguir el resultado de la sanación del enfermo*, sencillamente porque es algo a lo que no se pueden comprometer al escapar de sus posibilidades ¹⁹⁶; por eso al actor no le basta con probar que no ha habido curación para exigir responsabilidades conforme al artículo 28.2 LGDCU, sino que ha de probar que el resultado dañoso producido (no curación, empeoramiento, fallecimiento, etc.) es precisamente consecuencia del tratamiento o intervención médica (o, en su caso, de la omisión de tratamiento).

Cierto es también que es obligación del personal y de los centros asistenciales *el proporcionar al paciente todos los cuidados que precise según el estado de la ciencia médica y observando la lex artis ad hoc*; por eso una conducta negligente desatará las correspondientes responsabilidades; pero, de acuerdo con el artículo 28.2 LGDCU, también puede haber responsabilidad sin culpa. Por tanto, si la calificación de una obligación como obligación de medios significa, conforme a lo que hemos señalado *supra*, que el actor ha de probar la culpa y, consecuentemente, que el demandado puede exonerarse acreditando su actuación diligente, habrá que concluir que la de los profesionales sanitarios y centros asistenciales no lo es de acuerdo con el artículo 28.2 LGDCU: porque ni el demandante tiene que probar culpa alguna, ni al demandado le sirve como causa de exoneración acreditar que obró diligentemente.

Podría incluso entenderse que la obligación de que estamos hablando es la de procurar al paciente un resultado, mas no el de la curación, sino *el resultado normal del tratamiento* a que se somete de acuerdo con el estado de la ciencia y técnica médicas en ese momento ¹⁹⁷, lo que en determinados casos supondrá la asunción de ciertos riesgos por el paciente (pues hay tratamientos que es sabido que producen daños, como los hay que comportan riesgos conocidos: si esto se le ha advertido al enfermo y el daño se produce dentro de ese margen de inevitabilidad, no habrá responsabilidad alguna); pero si el tratamiento tiene un resultado completamente anormal, bastará acreditar esto (la relación causa-efecto entre ambos) para obtener la correspondiente indemnización, siempre que el demandado no consiga probar una circunstancia que rompa la relación causal (como la culpa exclusiva de la víctima o una causa de fuerza mayor).

la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste... implica incumplimiento de obligación...; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento...».

¹⁹⁶ Cosa distinta es que, en determinados casos excepcionales (ya tratados, como el de cirugía estética, por ejemplo), sí que se le asegure un determinado resultado al paciente o «cliente».

¹⁹⁷ En línea con lo que apunta BERCOVITZ en su ya citado «Comentario a la STS 22 de julio de 1994», pp. 155 y 156.

Para concluir, si el sistema de responsabilidad que establece el artículo 28.2 LGDCU está claro, y el recurso a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado no contribuye precisamente a entender mejor ese sistema, quizá fuera aconsejable renunciar a su utilización en el ámbito médico-sanitario¹⁹⁸; en cualquier caso, tal distinción y, en concreto, la calificación como obligación de medios de la que corresponde a centros y profesionales sanitarios, no puede servir de excusa para eludir la aplicación del régimen del artículo 28.2 LGDCU, que es Derecho vigente.

Consideraciones similares a las que acabamos de hacer en relación con la LGDCU, podrían hacerse respecto del régimen de responsabilidad contractual del Código Civil, por la razón tantas veces apuntada de que conforme al mismo la culpa no es el único criterio de imputación, habiendo otros de carácter objetivo; de este modo, y tal y como expusimos páginas atrás, tampoco cuando se hace valer la responsabilidad contractual de médicos o centros es imprescindible en todo caso probar su falta de diligencia, pues de los riesgos que quedan en su ámbito de control (actuación de los auxiliares para el cumplimiento, instrumental utilizado, etc.) han de responder aun sin culpa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, M. T.: *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997.
- «Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)», *ADC* 1997, p. 919.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. de: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Madrid, 1995.
- «La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias», en *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones sanitarias*, Libro de ponencias del II Congreso *Derecho y Salud*, Junta de Andalucía, 1994.
- *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1989.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario a la STS 1 de julio de 1997», *CCJC* n.º 45, 1997, p. 1211.
- «Comentario a la STS 22.7.1994», *CCJC* n.º 37, 1995, p. 149.
- «Comentario al Capítulo VIII LGDCU» y «Comentario al artículo 28 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercovitz y J. Salas, Madrid, 1992, pp. 661 y 713, respectivamente.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de *lex artis* y la carga de la prueba (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)», *ADC* 1991, p. 907.

¹⁹⁸ Aunque, como observa LOBATO GÓMEZ («Contribución...», cit., p. 685), haya sido éste un campo tradicionalmente propicio para la aplicación de la distinción.

- CAVANILLAS MÚGICA, S., y TAPIA FERNÁNDEZ, I.: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.
- DÍAZ ALABART, S.: «Comentario a la STS 29 de octubre de 1992», *CCJC* n.º 30, 1992, p. 971.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C.: *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona, 1996.
- «Comentario a la STS 15 de marzo de 1993», *CCJC* n.º 31, 1993, p. 293.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vols. I y II, Madrid, 1993.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, reimpresión de la 6.ª ed., de 1989.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Madrid, 1995.
- «La responsabilidad civil médica», *La Ley*, 1986-3, p. 633.
- GALÁN CORTÉS, J. C.: *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Madrid, 1997.
- GALÁN CORTÉS, J. C. e HINOJAL FONSECA: «Valoración jurídica de los protocolos médicos», *RGD* n.º 622-623, 1996, p. 8171.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J. V.: «Comentario a la STS 25 de mayo de 1995», (en realidad la sentencia es de 24 de mayo) *CCJC* n.º 39, 1995, p. 1063.
- GÓMEZ CALERO, J.: *Responsabilidad civil por productos defectuosos*, Madrid, 1996.
- GUTIÉRREZ BARRENGOIA, A.: «Comentario a la STS 25 de enero de 1997», *CCJC* n.º 44, 1997, p. 575.
- JORDANO FRAGA, F.: «Comentario a la STS 27 de septiembre de 1994», *CCJC* n.º 37, 1995, p. 231.
- LOBATO GÓMEZ, J. M.: «Contribución al estudio de la distinción entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado», *ADC* 1992, p. 675.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «El consentimiento informado», Seminario sobre «Responsabilidad del personal sanitario», CGPJ y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1994, p. 273.
- LLAMAS POMBO, E.: «Comentario a la STS 25 de abril de 1994», *CCJC* n.º 36, 1994, p. 1005.
- «Comentario a la STS 4 de noviembre de 1992», *CCJC* n.º 30, 1992, p. 995.
- MARTÍN REBOLLO, L.: «Responsabilidad de la Administración», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, p. 5926.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L.: *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid 1992.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. L.: *La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada 1997.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», *Jornadas sobre Responsabilidad Civil organizadas por el CGPJ*, Madrid, 1993, p. 61.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F.: *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995.

- «Responsabilidad contractual», «Responsabilidad extracontractual» y «Responsabilidad por hecho ajeno», *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Madrid, 1995, pp. 5922, 5942 y 5955, respectivamente.
- «Comentario al artículo 1902 del Código Civil», *Comentarios del Código civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1971.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* 1991, p. 1019.
- «Comentario a la STS 19 de junio de 1984», *CCJC* n.º 6, 1984, p.1869.
- «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», *CCJC* n.º 5, 1984, p. 1645.
- «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», *CCJC* n.º 4, 1984, p. 1257.
- «Comentario a la STS 10 de marzo de 1983», *CCJC* n.º 2, 1983, p. 447.
- PARRA LUCÁN, M. A.: *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990.
- «Comentario a la STS 16 de julio de 1991», *CCJC* n.º 27, 1991, p. 871.
- «Comentario a la STS 19 de junio de 1990», *CCJC* n.º 24, 1990, p. 861.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: «Comentario a la STS 11 de febrero de 1997», *CCJC* n.º 44, 1997, p. 663.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: «Responsabilidad civil del personal sanitario en centros asistenciales: sus presupuestos básicos», *RGLJ* n.º 5, mayo 1986, p. 669.
- RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL SANITARIO. Actas del Seminario convocado conjuntamente por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, celebrado en Madrid los días 14 y 16 de noviembre de 1994.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública (Análisis doctrinal y jurisprudencial)*, Valencia, 1997.
- ROMERO COLOMA, «El Derecho español ante la relación médico-paciente (Deber de información y consentimiento)», *La Ley* 1996-4, p. 1251.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A.: «Comentario a la STS 2 de diciembre de 1996», *CCJC* n.º 43, 1997, p. 341.
- «Comentario a la STS 12 de julio de 1994», *CCJC* n.º 38, 1995, p. 471.
- SANTOS BRIZ, J.: «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *RDP* 1984, p. 643.
- VIANA CONDE, A., y SAS FOJÓN, A. de: «El consentimiento informado del enfermo», *La Ley* 1996-2, p. 1330.
- VILLAR ROJAS, F. J.: *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites*, Barcelona, 1996.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.: «Comentario a la STS 22 de febrero de 1991», *CCJC* n.º 26, 1991, p. 387.
- «Comentario a la STS 31 de enero de 1990» (en realidad se trata de la STS 12 de febrero de 1990), *CCJC* n.º 22, 1990, p. 279.

