

II.1. DERECHO CIVIL

NUEVO ENFOQUE DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA: LA PERSPECTIVA DE LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Por D. LUIS FELIPE RAGEL SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y RESPONSABILIDAD SANITARIA
- II. DIVERSIDAD DE ORÍGENES
- III. CARACTERIZACIÓN COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS. CONTENIDO DE LA ACTIVIDAD LLEVADA A CABO CON PERICIA
- IV. IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA IMPERICIA. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL
- V. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR SERVICIOS SANITARIOS PREVISTA EN LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: ENUNCIADO, FUNDAMENTACIÓN Y REQUISITOS
- VI. LAS OBJECIONES ESGRIMIDAS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ART. 28.2 DE LA L.C.U.
- VII. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL HACIA LA APLICACIÓN DEL ART. 28.2 DE LA L.C.U.
- VIII. LA CONSAGRACIÓN ANTERIOR DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL EMPRESARIO SANITARIO
- IX. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO ÚNICA VÍA PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS
- X. CONCLUSIONES

I. RESPONSABILIDAD MÉDICA Y RESPONSABILIDAD SANITARIA

Uno de los temas más estudiados en el Derecho civil es el de la responsabilidad médica, sanitaria o médico-sanitaria. Numerosas sentencias del Tribunal Supremo se refieren a ella y también la doctrina le ha dedicado muchísima atención en los últimos tiempos¹, por lo que resulta casi imposible añadir alguna

¹ Sobre el tema han escrito recientemente en España Fernández Hierro (*Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1984, y *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 1998), Santos Briz («La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», R.D.P.-1984, págs. 643 y ss.), Ataz (*Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985), Romeo Casabona (*El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1985), Jordano Fraga («Aspectos problemáticos de la responsabilidad del médico», R.G.L.J.-1985, págs. 30 y ss.), Martínez-Calcerrada («Especial estudio de la denominada «Lex Artis ad hoc» en la función médica, A.C.-1986, págs. 1697 y ss.; *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, 1992; y «Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva»; *La Ley-1995.3*, págs. 698 y ss.), Fernández Costales (*Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987; *El contrato de servicios médicos*, Madrid, 1988, «El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad hospitalaria. Comentario a la sentencia del T.S. de 11 de noviembre de 1991»; *La Ley-1992.3*, págs. 414 y ss.; *La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de enfermería). Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1995; y *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 1997), Llamas Pombo (*La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988), González Morán (*La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1990), Losada («La responsabilidad civil de los profesionales sanitarios al servicio de las administraciones públicas», *Libro homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. III, Madrid, 1992), Serrano Alonso («Sobre la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad civil por daños personales causados a los beneficiarios de la Seguridad Social», A.D.-1992, n.º 34), Galán Cortes («La responsabilidad civil médica como obligación solidaria y directa», R.R.C.C.S.-1993; «La responsabilidad civil y penal del médico anestesista», *La Ley-1995-1*, págs. 1055 y ss.; y «La responsabilidad civil del médico andrólogo», *La Ley-1996.4*, D-255), Varios autores (*La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, Madrid, 1994), Varios autores (*La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones Sanitarias*; Consejería de Salud de la Junta de Andalucía; Sevilla, 1994), Muñoz Machado («Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria», D.A.-1994, n.º 237-238), Pemán Gavín («La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público», D.A.-1994, n.º 237-238), varios autores (*Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995), Pantaleón (*Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, 1995), Villar Rojas (*La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamentos y límites*, Barcelona, 1996), Díaz-Regañón (*El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y derecho*, Pamplona, 1996), Badenas Carpio («Responsabilidad civil de los odontólogos, estomatólogos y protésicos dentales», Ar.C.-1996.1, págs. 83 y ss.; y «Prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual por acto médico -Comentario a la S.T.S. de 10 de octubre de 1995-», *La Ley-1996*, págs. 1474 y ss.), Campos Alonso («Responsabilidad derivada de la defectuosa dispensación de asistencia sanitaria a un beneficiario de la Seguridad Social», *La Ley-1996*, D-230), Díaz Martínez («Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria», Ar.C.-1996, págs. 33 y ss.), Ocaña («Un esquema para el estudio de la responsabilidad médica -2.ª parte-», R.M.F.-1996, págs. 55 y ss.), Soto Nieto («Responsabilidad civil del personal sanitario y de los centros hospitalarios públicos dentro del proceso penal», *La Ley-1996*, D-246), Rivera Fernández (*La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*,

idea a las que ya se han publicado. Sin embargo, existe un camino poco explorado hasta el momento, consistente en enfocar la responsabilidad sanitaria desde un prisma distinto, el de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, L.C.U.)².

La expresión «*responsabilidad médica*» no suele ser definida por los autores, que la dan por sobreentendida³. Cuando hablemos de ella, nos referiremos a una obligación del profesional médico, consistente en indemnizar al paciente o cliente por los daños que le haya causado, por ser imputables a aquél, ya fuere por haber actuado con impericia (fracaso de un tratamiento equivocado, ausencia del tratamiento que hubiera sido necesario realizar para evitar aquellos perjuicios o por haberlo adoptado a destiempo), ya fuere por haber creado un riesgo profesional o empresarial del que obtiene beneficios⁴.

Por su parte, la expresión «*responsabilidad sanitaria*» es más amplia que la anterior, pues incluye la que deriva de todo tipo de servicios que tengan por objeto *atender la salud* de una persona o animal: médicos, pre-hospitalarios, hospitala-

Valencia, 1997), Gómez Pavón (*Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 1997), Martínez-Pereda (*La cirugía estética y su responsabilidad*, Granada, 1997), Bañegil Espinosa y Salvador Crespo («Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica», A.C.-1997.1, págs. 143 y ss.), M. T. Alonso Pérez («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–», A.D.C.-1997, págs. 919 y ss.), Sánchez Gómez (*Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, 1998), Martín Bernal (*Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, Madrid, 1998) y Paniza («Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores», R.G.D.-1999, págs. 75 y ss.).

² Es muy significativo que en el voluminoso libro sobre *Responsabilidad del personal sanitario* (Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo; Madrid, 1994, pág. 240), en los Debates de la segunda ponencia, Juan Piqueras Valls expresó lo siguiente: «Me gustaría que el profesor Pantaleón nos explicase algo que ha sido el gran ausente, y es la responsabilidad por servicios médicos, o servicios sanitarios, establecida en la Ley 26/84 General de Consumidores y Usuarios». Sobre este tema han escrito R. Bercovitz («Comentario a la sentencia del T.S. de 22 de julio de 1994», C.C.J.C.-37, em-1995, págs. 149 y ss.; y «Comentario a la sentencia del T.S. de 1 de julio de 1997», C.C.J.C.-45, sd-1997, págs. 1211 y ss.), Peña López («Comentario a la sentencia del T.S. de 11 de febrero de 1998», C.C.J.C.-47, aa-1998, págs. 777 y ss.), Gómez Calle («Comentario a la sentencia del T.S. de 6 de mayo de 1998», C.C.J.C.-48, sd-1998, págs. 1177 y ss.; y «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», A.D.C.-1998, págs. 1693 y ss.), Paniza («La responsabilidad civil médico-sanitaria y la L.G.D.C.U. –Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997», Ar.C.-mayo-1998, n.º 3, págs. 13 y ss.; y «Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores (Aplicación del art. 28 de la L.G.D.C.U. a un supuesto de responsabilidad sanitaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998)», R.G.D.-1999, págs. 75 y ss.) y Ragel («La responsabilidad sanitaria bajo el prisma de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios», Carta Civil-3, enero-2000, págs. 19 y ss.).

³ Es sintomático que Sánchez Gómez (ob. cit., pág. 23) aluda en los dos primeros párrafos de su exposición a la responsabilidad médica y no la define.

⁴ Se ha considerado negligencia profesional por parte del prestador del servicio haber adoptado un médico absolutamente a destiempo la medida quirúrgica para tratar una atonía uterina (sentencia del T.S. de 2 de diciembre de 1996) o no haber levantado el yeso precozmente ante la insistencia dolorosa de la enferma (sentencia del T.S. de 12 de noviembre de 1998). La sentencia del T.S. de 12 de marzo de 1999 considera hechos desencadenantes de la responsabilidad que la intervención quirúrgica fuera improcedente o mal ejecutada o inadecuado el tratamiento post-operatorio.

rios, farmacéuticos y veterinarios, ya fueren realizados en centros públicos o privados⁵. Dentro de la responsabilidad sanitaria se comprenden las del médico, cirujano, anestesista, odontólogo, estomatólogo, protésico dental, A.T.S., personal de enfermería, matrona, técnico de transporte sanitario, farmacéutico, veterinario, titular del centro hospitalario o de la clínica, compañía de asistencia médica, etc. Esta idea de que *la responsabilidad médica es un subconjunto de la responsabilidad sanitaria* ya fue recogida por la sentencia del T.S. de 21 de julio de 1997, aunque con una formulación bastante deficiente, al expresar: «Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario».

II. DIVERSIDAD DE ORÍGENES

La relación entre el paciente o el cliente y quienes tienen el cometido de atender su salud puede tener origen contractual o extracontractual.

Cuando media un contrato, se califica como *contrato de servicios*, definido en el art. 1.544 del Cc. como aquel contrato en el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto. No se regulan en el Código civil los servicios profesionales, siendo la jurisprudencia (sentencias del T.S. de 7 de febrero de 1990 y 25 de abril de 1994, entre otras) la que, reconociendo en primer lugar los servicios materiales, ha considerado plenamente aplicables las normas de ese cuerpo legal a las profesiones liberales.

El contrato de servicios es un contrato *atípico*, pues sólo se le aplica directamente el art. 1.544 del Cc.; sin embargo, su atipicidad está muy atenuada porque, al tratarse la obligación del prestador de servicios de una obligación de hacer, de medios o actividad, también le resulta aplicable la normativa del Código civil sobre esa materia, sin olvidar la trascendencia que también tiene en tales contratos la jurisprudencia, que es fuente del Derecho, a nuestro juicio.

La responsabilidad será *extracontractual* cuando el prestador del servicio médico realiza su misión sin estar previamente ligado por lazos contractuales con el perjudicado, como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad que deriva de la actividad médica realizada en los centros hospitalarios incardinados en la Seguridad Social (sentencias del T.S. 24 de noviembre de 1989, 30 de enero de 1990 y 12 de febrero de 2000, entre otras), por más que entre el profesional médico y la Administración pública exista una previa relación jurídica laboral o funcional.

⁵ Cfr. Parra Lucan, *Daños por productos y protección de los consumidores*, Barcelona, 1990, pág. 354: «Y lo mismo puede afirmarse para la responsabilidad civil hospitalaria, tanto para la prestación del acto médico en toda su amplitud como en la prestación hotelera u otras accesorias al tratamiento médico propiamente dicho».

Esta calificación difiere de la realizada por la jurisprudencia, que encuadra el supuesto en la responsabilidad contractual⁶. Según las sentencias del T.S. de 16 de diciembre de 1997, 19 de febrero de 1998 y 13 de abril de 1999, la responsabilidad médica es, «por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de Entidad o S.S., tanto porque se integre merced al mismo acto médico». Para la sentencia del T.S. de 6 de mayo de 1998, hay razones para admitir que la relación que une al Instituto Nacional de la Salud con los enfermos atendidos en sus clínicas y hospitales tiene un componente contractual, y concretamente de arrendamiento de servicios. Con toda rotundidad, la sentencia del T.S. de 29 de octubre de 1992 declaró que «no cabe duda que la relación existente entre una persona afiliada a la S.S. y el Centro hospitalario que, integrado en la misma, les presta asistencia médica, viene configurada como *propriadamente contractual*, no obstante los matices y peculiaridades que le caracterizan»⁷. Disiente de este encuadre la sentencia del T.S. de 12 de febrero de 2000, según la cual el vínculo que unía al actor con el Servicio Andaluz de Salud constituía, según doctrina especializada, una relación jurídico-pública o por imposición legal, distinta en su conformación técnica de la genuina contractual.

Incluso algún autor habla de una tercera situación, encuadrando el caso en el cuasicontrato *gestión de negocios ajenos*. Se trata del supuesto de los servicios médicos prestados espontáneamente por el profesional sin que exista autorización ni oposición del enfermo, por no encontrarse éste en un estado mental que le permita otorgar el consentimiento⁸. Así sucede, por ejemplo, cuando un médico que asiste como mero espectador a un acto, atiende voluntariamente a una persona que ha sufrido un desvanecimiento.

Sea como fuere, la complejidad de la calificación jurídica de las relaciones no es obstáculo para que las normas sobre responsabilidad se apliquen unitariamente, en virtud de la doctrina jurisprudencial de la *unidad de culpa civil* (sentencias del T.S. de 1 de abril de 1994 y 18 de febrero de 1997⁹, entre otras), del

⁶ Distinto criterio sostiene Villar Rojas (ob. cit., pág. 66), para quien la responsabilidad será contractual cuando el estatuto del servicio público regule medios específicos de resarcimiento, y extracontractual en los demás casos.

⁷ En análogo sentido, Llamas Pombo («Comentario a la sentencia de 4 de noviembre de 1992», C.C.J.C.-30, sd-1992, págs. 995 y ss.; en concreto, pág. 1000) habla de contrato de hospitalización, calificación con la que Díaz Alabart («Comentario a la sentencia de 29 de octubre de 1992», C.C.J.C.-30, sd-1992, págs. 971 y ss.; en concreto, pág. 980) y Rivera Fernández (ob. cit., pág. 36) muestran su desacuerdo. Sobre este tema, véase también Fernández Costales («El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad hospitalaria. Comentario a la sentencia del T.S. de 11 de noviembre de 1991»; La Ley-1992.3, págs. 414 y ss.).

⁸ En este sentido exponen el supuesto Santos Briz (ob. cit., pág. 667) e Yzquierdo (*La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, pág. 148).

⁹ La sentencia del T.S. de 18 de febrero de 1997 aplicó a uno de estos supuestos la teoría de la unidad de culpa civil, considerando que se trataba de una relación contractual de hecho o derivada de una conducta social típica, que no nace de una expresa declaración de voluntad de las partes sino del comportamiento o de los hechos concluyentes de una de ellas.



que la sentencia del T.S. de 6 de mayo de 1998 extrae la siguiente conclusión: «no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa».

III. CARACTERIZACIÓN COMO OBLIGACIÓN DE MEDIOS. CONTENIDO DE LA ACTIVIDAD LLEVADA A CABO CON PERICIA

En los tres supuestos mencionados, la obligación del prestador de servicios es *de medios*, pues se compromete a realizar determinada actividad *con pericia*, es decir, con la diligencia exigible a un experto o buen profesional¹⁰. Esa supuesta actividad diligente hace prever un buen fin, aunque no lo pueda garantizar plenamente el prestador del servicio, puesto que también influyen otros factores (gravedad de la enfermedad, estado y constitución del paciente, etc.) en la curación¹¹. Impericia *no es sinónimo de fracaso* en el resultado, pues es perfectamente posible que el prestador del servicio emplee toda la diligencia de un buen profesional, realice el tratamiento adecuado en tiempo oportuno y, a pesar de ello, fracase y no tenga que responder patrimonialmente¹². Como describe hábilmente la sentencia del T.S. de 24 de mayo de 1999, «el médico no se compromete a curar, sino a intentar curar».

En este sentido se decanta la más reciente jurisprudencia (sentencias del T.S. de 12 de marzo, 13 de abril, 14 de abril y 24 de mayo de 1999, entre otras muchas), considerando que la obligación del médico y, en general, del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la curación del enfermo —obligación de resultado—, sino la de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *lex artis ad hoc* —obligación de medios—. Señalan las sentencias del T.S. de 25 de abril de 1994 y 2 de octubre de 1997 que «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 profesio-

¹⁰ Se discute si la diligencia del profesional es distinta a la diligencia de un buen padre de familia; a favor de la distinción se pronuncia Mengoni y en contra se muestra Bonvicini. Sobre esta cuestión, véase Yzquierdo, ob. cit., págs. 271 y 272. La sentencia del T.S. de 16 de diciembre de 1991 se inclina por la relevancia de la distinción, al igual que Parra Lucán (*Daños por productos y protección de los consumidores*, Barcelona, 1990, pág. 352).

¹¹ Parra Lucán (ob. cit., pág. 352) se refiere al «álea existente en el arte médico, que se ejerce sobre sujetos cuyas reacciones son distintas y a veces imprevisibles».

¹² En el supuesto enjuiciado por la sentencia del T.S. de 31 de enero de 1996, no se apreció la existencia de negligencia médica en cuanto al fracaso en la obtención de la infertilidad del varón, declarándose probado que el embarazo de la esposa del actor se atribuyó a que éste no respetó los plazos y medios recomendados para las relaciones sexuales en fechas próximas a su intervención. Con todo lo expuesto se demuestra que es perfectamente posible que una operación de vasectomía fracase y que no se declare la responsabilidad por negligencia del cirujano que la llevó a cabo, lo que supone, a fin de cuentas, aplicar el régimen jurídico de las obligaciones de medios.

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

El médico actúa con pericia cuando cumple correctamente las siguientes obligaciones:

- 1.ª) *Deber de información*¹³ que, entre otras finalidades, cumple el cometido de facilitar al enfermo la prueba de su pretensión¹⁴. El art. 10.5 de la Ley General de Sanidad especifica que el paciente o sus familiares, tienen derecho a que en términos comprensibles a él y a sus familiares allegados, se les dé información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento¹⁵. El médico que no informe suficientemente al paciente o cliente del riesgo que corre y de las posibles eventualidades que puedan surgir en el tratamiento incurrirá en responsabilidad, es decir, correrá con el riesgo, siempre que exista un nexo causal entre incumplimiento del deber de informar y el daño¹⁶. La prueba de que se ha cumplido este deber corresponde al profesional médico¹⁷.

¹³ Sobre este deber, cfr. Sánchez Caro («El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles; La Ley-1993.3, págs. 941 y ss.), Llamas Pombo («Sentencia de 25 de abril de 1994», C.C.J.C.-36, sd-1994, págs. 10005 y ss.), Juanes Peces («El deber médico de información como fuente de responsabilidad», R.J.C.-1995, págs. 705 y ss.), Sánchez Gómez («Sentencia de 12 de julio de 1994»; C.C.J.C.-38, aa-1995, págs. 471 y ss.) y Cantero Rivas («Cuestiones relativas a la historia clínica»; La Ley-1996.5, págs. D-286 y ss.). Pone de relieve Sánchez Gómez (*Contrato de servicios médicos...*, cit., págs. 51 y ss.) que el deber de información juega en dos momentos: como requisito previo para la validez del consentimiento del paciente (consentimiento informado) y durante la asistencia médica (información terapéutica o sucesiva). Puede consultarse también la sentencia del T.S. de 16 de octubre de 1998.

¹⁴ En este sentido, cfr. De Ángel, «La responsabilidad civil de los profesionales y de las Administraciones sanitarias», *La responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones Sanitarias*, Consejería de Salud de la Junta de Andalucía; Sevilla, 1994; págs. 37 y ss., en concreto, págs. 48 y 49.

¹⁵ En cuanto a la exigencia de que la información sea escrita, la sentencia del T.S. de 10 de noviembre de 1998 declaró que «su incumplimiento no supone más que la infracción de tal deber, pero en modo alguno implica de por sí que la información no se haya dado».

¹⁶ Como indica la sentencia del T.S. de 23 de abril de 1992, «la no advertencia al paciente de los riesgos de la intervención y sus alternativas hace que sea el cirujano quien asuma los riesgos por sí solo». En el supuesto enjuiciado por la sentencia del T.S. de 25 de abril de 1994, se declaró probado que existió nexo de causalidad suficiente entre la omisión del deber de información y el posterior embarazo de la esposa del actor, puesto que éste, fiado del resultado del seminograma efectuado y de la interpretación que del mismo le diera el cirujano, creyendo ya ser estéril y desconociendo la reversibilidad de su estado, comenzó a hacer vida marital normal, sin adoptar ningún tipo de precaución que tendiera a evitar la concepción; razón por la cual se estimó que el médico incurrió en negligencia e incumplió sus obligaciones.

¹⁷ Cfr. De Ángel, ob. cit., pág. 55.

- 2.^a) Elegir el *tratamiento idóneo en tiempo oportuno* y, en su caso, de conformidad con el paciente o cliente, o subsidiariamente con sus familiares, cuando puedan prestar este *consentimiento informado*¹⁸. Se discute frecuentemente si el *error en el diagnóstico* de la enfermedad por parte del facultativo es dato revelador de su impericia, cuestión resuelta por la sentencia del T.S. de 10 de diciembre de 1996 en el sentido de que sólo se considera negligente cuando, al aparecer signos muy claros de una enfermedad, se determina otra cuyos indicios clínicos nada tengan que ver con su apariencia¹⁹.
- 3.^a) Llevar a cabo con diligencia la subsiguiente *asistencia o cuidados*²⁰. Una de las obligaciones más trascendentes de los servicios sanitarios es realizar su función en el *menor tiempo posible*, pues de ese factor puede depender en muchos casos la vida del paciente²¹.
- 4.^a) Deber de *guardar secreto* de las actividades profesionales, como expresión del deber general de ejercicio de los derechos conforme a la buena fe,

¹⁸ Cfr. Viana Conde («El consentimiento informado del enfermo», La Ley-1996.2, págs. D-79 y ss.), Fraga Mandián y Lamas Meilán (*El consentimiento informado*, Pontevedra, 1999) y Calò («Sulla libertà del consenso informato», R.T.D.P.C.-1999, págs. 227 y ss.). Señala la sentencia del T.S. de 7 de marzo de 2000 que «para que el consentimiento prestado sea eficaz es preciso que sea un consentimiento informado, es decir, que se preste con conocimiento de causa y para ello es preciso que se le hubiese comunicado cuáles eran las características de la intervención a la que sería sometida, riesgos que conllevaba, alternativas, número de punciones, complicaciones que podían ocurrir durante la extracción o *a posteriori*».

¹⁹ La sentencia del T.S. de 20 de septiembre de 1997 enjuició un caso en que se diagnosticó en el Servicio Andaluz de la Salud una gastroenteritis a la enferma y se le confirmó el pronóstico días después, pero la enferma acudió a la medicina privada, donde se le intervino quirúrgicamente y se le apreció peritonitis aguda en grado de extrema gravedad. Aclaró el Tribunal Supremo que no se trata de un error en el diagnóstico sino de una falta de adopción de las medidas necesarias. Del mismo modo, aunque la sentencia del T.S. de 11 de abril de 2000 consideró que era indudable la presencia de un error de diagnóstico, reprobó a los dos facultativos demandados la omisión de diligencia por no haber practicado con prontitud las verificaciones oportunas para comprobar la verdadera afección de la actora. Sobre este tema, cfr. García Varela («El diagnóstico del síndrome de Down y la responsabilidad médica»; La Ley-1997.5, págs. D-266 y ss.).

²⁰ En relación con las *maniobras de inmovilización*, podemos recordar el supuesto enjuiciado por la sentencia del T.S. de 23 de abril de 1999: un paciente con pancreatitis y tumor en el escroto, murió a consecuencia de la caída producida al tratar de realizarle unas radiografías. El Tribunal Supremo decretó que existió negligencia por parte del prestador del servicio sanitario, pues «ni el médico señor B., ni el ATS que realizó la radiografía adoptaron las más elementales precauciones provisoras, como hubiese sido tomar las placas correspondientes estando tumbado el enfermo». En consecuencia, se condenó solidariamente al médico, el INSALUD y la compañía de seguros a pagar una indemnización. Aunque no se indicaba la cuantía, tuvo que ser elevada porque se admitió íntegramente la reclamación de los familiares.

²¹ La sentencia del T.S. de 19 de mayo de 1999 condenó al médico, a la matrona y al SERGAS a causa de las lesiones padecidas por un feto, debido a la deficiente atención durante veintidós minutos prestada por el médico y la matrona durante el parto, a las señales que emitía el monitor del cardiotocógrafo, pues la práctica habitual, incluso en partos normales, es examinarlo cada diez o quince minutos. En análogo sentido, la sentencia del T.S. de 8 de febrero de 2000 estimó que si se hubiese practicado la operación de cesárea en su debido tiempo —se tardó una hora y siete minutos— no se hubiera producido la muerte del feto, añadiendo que existió un desorden ilógico en la transmisión de las órdenes oportunas, concretada en el retraso de la intervención del anestesista.

entendida en sentido objetivo, como sinónimo de lealtad y corrección (arts. 7.1 y 1.258 del Cc.).

En esta misma línea, la sentencia del T.S. de 24 de mayo de 1999 consideró que la obligación de medios del médico comprende: 1) La utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con un paciente concreto; 2) la información, en cuanto sea posible, al paciente, o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas, cuyo deber, en las afecciones crónicas, con posibles recidivas, degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad; y 3) la continuidad del tratamiento hasta el alta.

IV. IMPUTABILIDAD DEL INCUMPLIMIENTO. LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA IMPERICIA. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

La *impericia* supone que el incumplimiento sea *imputable* al prestador del servicio, lo que le hará responsable del *daño por incumplimiento* y deberá resarcir los daños y perjuicios originados por negligencia (arts. 1.101 y 1.902 del Cc.). Si media contrato, al ser de carácter bilateral, el paciente o cliente podrá ejercitar también la acción de cumplimiento o a la acción resolutoria (art. 1.124 del Cc.), para compensar el *daño constitutivo*²².

En este punto es donde comienza a desarrollarse el núcleo de nuestra exposición. Siendo la demostración de la impericia del médico el punto clave para determinar su responsabilidad patrimonial, la pregunta trascendental es: ¿tiene que demostrar el paciente o cliente la impericia o debe suponerse que existe por la sola evidencia del daño producido²³?

Tiene establecido una doctrina jurisprudencial mayoritaria (sentencias del T.S. de 10 de noviembre de 1998, 12 de marzo de 1999, 13 y 14 de abril de 1999, entre otras muchas) que *la carga de la prueba de que la conducta del prestador del servicio médico es negligente corresponde al paciente* o, en caso de muerte de éste, a sus causahabientes. Éste es también el parecer de un sector de nuestra doctrina²⁴.

Sin embargo, otro sector doctrinal propugna desde hace tiempo que se adopten en esta materia unos criterios que favorezcan al perjudicado, acogiendo una solución análoga a la defendida por la jurisprudencia en el ámbito de la res-

²² Sobre esta cuestión, cfr. Sánchez Gómez, *Contrato de servicios médicos...*, cit., págs. 243 y ss.

²³ Sobre este tema, véanse, recientemente, García Varela («La carga de la prueba en los procesos por responsabilidad médica», La Ley-1998.1, D-39) y De Ángel (*Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, 1999).

²⁴ Cfr. De Ángel, ob. cit., pág. 41: «estimo fundada la opinión de que aquél debe responder sólo en la medida en que cabalmente se acredite su impericia o su falta de cuidado».

ponsabilidad extracontractual, es decir, invirtiendo la carga de la prueba de la culpa y exigiendo un elevado rigor en la valoración de la diligencia²⁵.

Estas opiniones han encontrado eco en la jurisprudencia, que ha matizado su doctrina, en el siguiente sentido: aun tratándose de una obligación de medios, *no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado*, cuando éste, 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 (sentencias del T.S. de 19 de febrero de 1998 y 8 de septiembre de 1998, entre otras muchas). El mismo hecho de que se haya producido un daño desproporcionado en relación a la dolencia padecida por el enfermo es un claro síntoma de que algo ha fallado, de que alguna medida no se ha adoptado o de que se ha tomado incorrecta o tardíamente²⁶. Como expresa la sentencia del T.S. de 29 de junio de 1999, la cosa habla por sí misma (*res ipsa loquitur*). Así, por ejemplo, «no es lógico que una persona de cuarenta años, totalmente sana, muera a los pocos días de ingresar en un quirófano para ser intervenido de una hernia discal en la región lumbar» (sentencia del T.S. de 30 de julio de 1999).

Aunque una tendencia jurisprudencial mayoritaria (sentencias del T.S. de 23 de septiembre de 1996, 12 de marzo de 1999 y 14 de abril de 1999, entre otras muchas) descarta toda responsabilidad más o menos objetiva, no operando la inversión de la carga de la prueba, lo cierto es que, lenta y gradualmente, otra tendencia se va encaminando hacia dicha inversión. Buena prueba de ello es la sentencia del T.S. de 2 de diciembre de 1996 que, siguiendo los razonamientos de la Audiencia Provincial cuyo fallo se recurría, declaró que «paulatina, pero inexorablemente, va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de *no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba*, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa, por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello va reafirmandose el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión».

²⁵ Sobre este tema, véase Yzquierdo, ob. cit., págs. 305 y ss.

²⁶ Así se ha juzgado en el caso de la muerte de un niño operado de vegetaciones, siendo el cirujano el que administró la anestesia, no el anestesista (sentencia del T.S. de 13 de abril de 1999 -R.J.A. 2583-). Citaremos el R.J.A. cuando haya dos sentencias de la misma fecha sobre responsabilidad médico-sanitaria.

Hasta ahora hemos empleado las palabras paciente o cliente, pretendiendo generalizar las exigencias comunes. Empero, no es lo mismo el caso de *medicina curativa*, en que ingresa de urgencias en un hospital una persona (*paciente o enfermo*) que acaba de sufrir un gravísimo accidente, está inconsciente y se desconoce su identidad, que el supuesto en que una persona (*cliente*) acude a un médico por su propio pie, consciente e identificado, estando perfectamente sano, buscando en la actividad médica el remedio a un problema estético o conceptual, distintos a la curación de una enfermedad, pues lo que se pretende es que el médico *altere un estado físico* del otro contratante. Mientras que en el primer supuesto se habla de paciente o enfermo, en cuyo caso el médico no puede prometer el resultado favorable, sino que hará todo lo posible por obtener ese buen fin, en el segundo supuesto se habla de cliente, en cuyo caso el profesional *debe garantizar que obtendrá un estado físico diferente*, más a gusto con las preferencias particulares del otro contratante²⁷. En esta última modalidad contractual relacionada con la *medicina satisfactiva* se promete un resultado, pues si no fuera así, sólo se arriesgarían a contratar este tipo de intervenciones, y desembolsar los varios cientos de miles de pesetas que cuestan, los jugadores más empedernidos o las personas a quienes les molesta tener mucho dinero.

La jurisprudencia (sentencias del T.S. de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997) distingue entre dos tipos de servicios médicos: los dedicados a curar al paciente de una enfermedad o cuadro patológico, que tienen el nítido carácter de arrendamiento de servicios, y los dispensados a una persona que acude al médico para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o para la transformación de una actividad biológica en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, en cuyo caso el contrato está a mitad de camino entre el arrendamiento de servicios y el contrato de obra, pues exige una mayor garantía en la obtención del resultado, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. En este segundo caso, se añade que «esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma 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 sentencia del T.S. de 25 de abril de 1994 señaló que la obligación del profesional «es todavía de medios», aunque «se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en

²⁷ Sobre este tema, véase Martínez-Calcerrada («Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva»; La Ley-1995.3, págs. 698 y ss.) y Romero Coloma («En torno a la responsabilidad civil del cirujano estético», R.J.C.-1999, págs. 479 y ss.).

la obtención del resultado», mientras que la sentencia del T.S. de 11 de febrero de 1997, se decantó por la calificación del contrato como *locatio operis*, empleando los términos latinos –como si al magistrado ponente le diera cierto reparo decir con claridad que estamos ante un contrato de obra–, si bien, a continuación, subrayó que «comporta la *obtención del buen resultado* o, dicho con otras palabras, el *cumplimiento exacto* del contrato». Con mayor claridad, la sentencia del T.S. de 2 de diciembre de 1997 consideró que el tratamiento que sufrió la demandante, consistente en el alargamiento de las piernas por el Sistema Ralka, no tenía una finalidad curativa, sino que se comprende en la llamada medicina voluntaria, que se califica de contrato de obra y, en todo caso, la obligación del médico es de resultado, añadiendo que «el deudor de obligación de resultado ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado»²⁸.

V. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA POR SERVICIOS SANITARIOS PREVISTA EN LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS: ENUNCIADO, FUNDAMENTACIÓN Y REQUISITOS

El art. 51.1 de la Constitución establece que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Esta norma, de rango normativo máximo, *debe inspirar la aplicación e interpretación* de las normas de rango inferior, como es el caso de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo art. 2 se enumeran como *derechos básicos* de los consumidores y usuarios, entre otros, la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad y la *indemnización o reparación de los daños y perjuicios* sufridos.

²⁸ Cfr. M. T. Alonso Pérez, «La obligación del médico como obligación de resultado y sus consecuencias en el ámbito de la responsabilidad civil (a propósito de la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1997)», A.D.C.-1998, págs. 887 y ss. Sin embargo, una intervención quirúrgica de vasectomía no tiene garantizado el éxito. La sentencia del T.S. de 25 de abril de 1994 señaló que es un método anticonceptivo masculino consistente en la disección de los conductos deferentes que, a pesar de ser utilizado cada vez con más frecuencia, sin embargo, no puede considerarse como procedimiento seguro al ciento por cien, de tal manera que, aproximadamente, entre el 80 y 90% de los varones vasectomizados tendrán azoospermia (ausencia de espermatozoides) después de 12 a 15 eyaculaciones; por lo que, a los seis meses de la intervención, el 80% de los operados serán azoospermicos. De lo que acabamos de transcribir se desprende que *el contrato de intervención quirúrgica de vasectomía, en rigor, no puede ser considerado un contrato de obra*: el médico no puede garantizar el buen fin de la operación, pues, a pesar de emplear toda la diligencia de un buen profesional, puede fracasar en su objetivo, ya que es posible que se produzca la recanalización espontánea de los conductos deferentes, como fenómeno fisiológico natural e imprevisible, independiente de la intervención quirúrgica. Si lo verdaderamente importante a este respecto es qué grado de certidumbre de éxito de la intervención quirúrgica puede ofrecer el profesional médico, teniendo en cuenta que en la vasectomía no se puede garantizar un porcentaje mayor que en otras operaciones, hemos de concluir que *al médico no se le puede exigir entonces la realización del resultado*, que es lograr la infertilidad del varón intervenido.

Cuando el paciente o cliente tiene la condición de consumidor o usuario, el art. 28.1 de la L.C.U. configura una responsabilidad con carácter totalmente *objetivo*, al establecer: «No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales y sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario». Se responde objetivamente²⁹, sin necesidad de demostrar la culpa, puesto que se regula el supuesto de daños *originados por el correcto uso o consumo de servicios* que llevan garantizado un nivel de pureza, eficacia o seguridad. Como ha señalado alguna autora, «de lo que se trata es, sobre todo, de incluir dentro del régimen de responsabilidad más estricto aquellos bienes de los que cabe esperar, de forma objetiva, que no ocasionarán daños si se usan correctamente. La formulación, sin embargo, es lamentable»³⁰.

Se ha criticado la deficiente formulación del precepto que acabamos de transcribir³¹, pues si ha habido correcto uso y consumo de bienes y *servicios* que tienen garantizado niveles objetivamente determinados de pureza, eficacia o seguridad, mal se entiende que se puedan haber derivado unos daños. Si hubiera estado al nivel exigible, determinable objetivamente, el daño no se hubiera producido, pues la eficacia del servicio, según la norma, está plenamente contrastada. Por eso, se ha sostenido que la objetividad predicada por el precepto en estudio debe entenderse en el sentido de que «es razonable que los pacientes puedan exigir que el tratamiento que reciben *produzca los resultados hoy en día normales*, esto es, acordes con el estado de la ciencia y de la técnica»³².

Añade el art. 28.2 de la L.C.U.: «En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los productos alimenticios, los de higiene y limpieza, cosméticos, especialidades y productos farmacéuticos, *servicios sanitarios*, de gas y electricidad, electrodomésticos y ascensores, medios de transporte, vehículos a motor y juguetes y productos dirigidos a los niños».

Como la expresión «*servicios sanitarios*» es muy amplia, deben incluirse en ella todo tipo de servicios que tengan por objeto atender la salud de una persona o

²⁹ Cfr. R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, en colaboración con A. Bercovitz, Madrid, 1987, ob. cit., pág. 242: «El art. 28 opta decididamente por una responsabilidad objetiva que cubre en principio todos los daños producidos por determinados bienes y servicios al ser consumidos». En análogos términos, cfr. Parra Lucán, ob. cit., pág. 352.

³⁰ Cfr. Parra Lucán, ob. cit., pág. 362. Para la sentencia del T.S. de 11 de febrero de 1998, el «correcto uso» que exige el art. 28.1 de la L.C.U. es aquí equivalente a que la actora no pertenece a ninguno de los grupos convencionales de riesgo de contagio del virus del Sida, lo mismo que su esposo.

³¹ Cfr. R. Bercovitz, *Estudios jurídicos... cit.*, pág. 247.

³² Cfr. R. Bercovitz («Comentario a la sentencia de 22 de julio de 1994», C.C.J.C.-37, em-1995, págs. 149 y ss.) a quien siguen Rivera Fernández (ob. cit., pág. 84) y Sánchez Gómez (*Contrato de servicios médicos... cit.*, pág. 264).

animal: servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios, públicos o privados³³.

Sujeto protegido por la norma es el *consumidor o usuario*³⁴, destinatario final del servicio y que resulta perjudicado por él (art. 1 de la L.C.U.). El profesional o productor que responde es el *prestador de este servicio sanitario*, lo que incluye a los profesionales médicos y a los titulares de establecimientos sanitarios en donde se ha prestado el servicio, públicos y privados, pues la L.C.U. también se aplica a las Administraciones públicas y a las entidades y empresas de ellas dependientes (art. 10.1 de la L.C.U.), como reconoce la jurisprudencia (sentencias del T.S. de 1 de julio de 1997 y 9 de junio de 1998).

¿Sería consumidor aquel deportista profesional que acude al profesional de la medicina para que le intervenga quirúrgicamente de una lesión que le impide desarrollar su profesión?

Pensamos que sí. El deportista profesional está al final de la cadena de los servicios médicos³⁵: es el destinatario final de estos servicios y no un eslabón intermedio de la cadena como puede ser el suministrador de los materiales quirúrgicos. Tan destinatario final es el deportista profesional que acude al médico para que prolongue su carrera deportiva como el trabajador que se pone en manos del profesional de la medicina para que le cure una enfermedad.

La responsabilidad *objetiva* en el marco de los servicios sanitarios es el modo más claro de proteger al enfermo o cliente consumidor³⁶. Juega con independencia de la culpa, ya que, siguiendo este criterio, una persona responde por los daños que origina, sin necesidad de que se pruebe cumplidamente que ha incurrido en culpa o negligencia y *ni siquiera queda relevada de la obligación de indemnizar demostrando que empleó la diligencia necesaria* (sentencia del T.S. de 5 de octubre de 1999). Como expresa la sentencia del T.S. de 11 de febrero de 1998, «la atribución de la responsabilidad objetiva nada tiene que ver con la conducta prudente o imprudente de la parte a quien se le imputa la responsabilidad».

Interpretando conjuntamente los apartados 1 y 2 del art. 28 de la L.C.U. se desprende que el prestador del servicio sanitario responde porque el servicio

³³ Cfr. Parra Lucán, ob. cit., pág. 354: «Y lo mismo puede afirmarse para la responsabilidad civil hospitalaria, tanto para la prestación del acto médico en toda su amplitud como en la prestación hotelera u otras accesorias al tratamiento médico propiamente dicho».

³⁴ En otras áreas recogidas en el precepto también resultan protegidas personas distintas al consumidor. Opina R. Bercovitz (ob. cit., pág. 231) que la consideración en el art. 28.2 de los servicios de gas y electricidad, de los ascensores, de los medios de transporte y de los vehículos a motor pone de manifiesto la posibilidad de que los daños en cuestión no recaigan sobre los consumidores/usuarios, sino sobre otras personas.

³⁵ En contra de R. Bercovitz (ob. cit., pág. 228), consideramos que la indemnización por responsabilidad médica podría incluir también el lucro cesante en este supuesto.

³⁶ Cfr. R. Bercovitz, ob. cit., pág. 240: «La mayor protección de los consumidores tiene que producirse necesariamente mediante la introducción, con mayor o menor amplitud, de una imputación objetiva».

prestado ha estado a *nivel de eficacia inferior del que objetivamente puede garantizar*³⁷. Su fundamento se halla en la teoría del *riesgo*³⁸: se estima que, quien crea un riesgo, debe responder de sus consecuencias dañosas para terceros. Esta tendencia halla su más clara justificación cuando una persona obtiene beneficios a consecuencia de la actividad creadora del riesgo, lo que sirve para hacerle correr también con los inconvenientes que produzca esa actividad rentable (*cuis commoda eius incommoda*).

La responsabilidad objetiva del médico supone la eliminación del requisito de la demostración de culpa por su parte, pero no, en cambio, el de la *relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta del profesional de la medicina*³⁹. Como indica la sentencia del T.S. de 11 de febrero de 1998, «es indispensable la determinación del nexo causal fáctico para la imputación de responsabilidad, cualquiera que fuere el criterio que se utilice (objetivo o subjetivo)».

La exigencia del requisito del nexo causal explica perfectamente que no se pueda atribuir a un servicio sanitario la responsabilidad por un resultado lesivo para el enfermo cuando se demuestre que se debió a la gravedad de la enfermedad padecida. *El médico no responde porque se muera su paciente a consecuencia de la grave dolencia que padecía, porque la muerte es un final común e inexorable para todos los seres vivos*⁴⁰. El profesional de la medicina responderá cuando la muerte u otro resultado lesivo se produjera, no por causa de la dolencia que llevó al paciente a solicitar el servicio sanitario, sino *a consecuencia de la actividad o inactividad del profesional: ése es el nexo causal que se necesita establecer para que juegue la responsabilidad objetiva*⁴¹.

³⁷ Parra Lucán (ob. cit., pág. 353) expresa con claridad: «no será preciso demostrar la negligencia del médico o del hospital en el que amputaron al enfermo la pierna equivocada, extirparon un órgano distinto al que debían, o en el que murió un niño como consecuencia de una operación corriente».

³⁸ En contra, Pantaleón («Debate de la segunda ponencia», *Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo; Madrid, 1994, pág. 241), «eso hace que la responsabilidad no sea por riesgo, sino responsabilidad por culpa, bien que objetivada».

³⁹ En este sentido se pronuncian Parra Lucán (ob. cit., págs. 353 y 354), Rivera Fernández (ob. cit., pág. 87) y Sánchez Gómez (*Contrato de servicios médicos...*, cit., pág. 262). Del mismo modo, piensa Leguina (Prólogo a la monografía de Beladiez, ob. cit., pág. 22) que la relación de causalidad desempeña un papel protagonista en todo sistema de responsabilidad objetiva. Menos preciso se muestra Prada Alonso (*Protección del consumidor y responsabilidad civil*, Madrid, 1998, pág. 89), para quien la responsabilidad que establece el art. 28 de la L.C.U. tiene su excepción en las cosas en que el uso y el consumo de los bienes y servicios no haya sido correcto por parte del consumidor.

⁴⁰ Cfr. Parra Lucán, ob. cit., pág. 353: el médico «tampoco habrá de responder de la muerte de un enfermo que, de acuerdo con la ciencia actual, resulte incurable».

⁴¹ Refiriéndose al caso de la muerte de un niño como consecuencia de una operación corriente, escribe Parra Lucán (ob. cit., pág. 353): «el médico podrá probar que la muerte le sobrevino por una causa distinta de la intervención quirúrgica, pero en ningún modo que él intervino con la debida diligencia y conforme a la *lex artis*». En el supuesto enjuiciado por la sentencia del T.S. de 2 de octubre de 1997, tras la muerte de su hijo, de 14 años, los padres demandaron a los médicos que le trataron y a la entidad propietaria del Hospital, alegando que los demandados incumplieron el deber de información en cuanto a la naturaleza y duración del tratamiento a realizar en la persona del paciente. El Tribunal Supremo dio por reproducidos los hechos declarados probados por el tri-

El nexa causal se puede romper si se demuestra que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima (por ejemplo, por infringir las medidas terapéuticas que le fueron prescritas), como se establece en el art. 25 de la L.C.U.: «El consumidor y el usuario tienen derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios les irroguen, salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente». El mismo hecho de que el art. 28.1 de la L.C.U. se refiera al «correcto uso y consumo de bienes y servicios», descarta que exista responsabilidad cuando el uso del servicio por parte del paciente o cliente fue incorrecto.

Aunque no lo mencione expresamente la L.C.U., también se rompe el nexa causal cuando el daño ha sido debido exclusivamente a un acontecimiento externo al servicio sanitario o fuerza mayor, como sucede, por ejemplo, cuando se debió a un terremoto, cuya existencia debe probar el demandado (sentencias del T.S. de 31 de julio de 1996, 29 de julio de 1998 y 8 de febrero de 2000). En cuanto al caso fortuito, concebido como un acontecimiento interno al servicio (por ejemplo, incendio en el hospital), la jurisprudencia (sentencias del T.S. de 1 de julio de 1997 y 9 de junio de 1998) lo incluye como otra de las circunstancias que rompen el nexa causal⁴², aunque algún autor se muestra en contra de esta consecuencia⁴³.

bunal de instancia, esto es, que los recurrentes fueron informados de que, ante la gravedad de la enfermedad, el tratamiento consistía en administrar dosis altas de quimioterapia, así como del trasplante de células regeneradoras de médula ósea, y además fueron informados sobre la técnica de trasplante antes de que comenzara dicho tratamiento con alta dosis de quimioterapia y que el mismo se admitió por los demandantes. También manifestó el Tribunal Supremo que aunque efectivamente en lugar de los veinte o veinticinco días que se pronosticó de duración, el tratamiento antedicho se prolongó durante ochenta días, hasta el fallecimiento del enfermo; y que hubo implante a los treinta días, aunque más tarde desaparecieron sus efectos por causa difícil de discernir. Se apreció, por último, que el padre del enfermo durante este proceso estuvo realizando preguntas y tomando anotaciones en un cuaderno. Lo cierto es que el tratamiento fracasó y el niño falleció «por causa difícil de discernir», según los términos empleados por la sentencia. Ciertamente, la enfermedad del niño era muy grave y su fallecimiento previsible; pero no se olvide que se trataba de una reputadísima clínica privada universitaria y que el tratamiento pudo ser muy costoso para los padres; si hubo fracaso y las causas del mismo no estaban perfectamente aclaradas, no parece infundada la reclamación, pues no es lo mismo costear un tratamiento durante veinticinco días que ochenta.

⁴² En el mismo sentido se manifiesta Parra Lucán, ob. cit., pág. 402. Las sentencias del T.S. de 1 de julio de 1997 y 28 de julio de 1997 consideran que la prueba del caso fortuito corresponde a los demandados.

⁴³ En cuanto a la confluencia de los requisitos de la imputabilidad y de la antijuricidad, Prada Alonso (ob. cit., pág. 88) sostiene que «el deber de indemnizar no radica en la antijuricidad del acto, y esto puede estar conforme a Derecho, ni en la imputación de un determinado riesgo, sino en la exigencia de una «justicia conmutativa» de aquel que ha defendido sus intereses en perjuicio del derecho de otro». Más acertadamente, Beladiez (*Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, pág. 64) considera que la noción de imputación objetiva es esencial para diferenciar la responsabilidad objetiva del seguro a todo riesgo; refiriéndose a la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, afirma esta autora (ob. cit., pág. 105), que «la institución de la responsabilidad no considera indemnizables los daños ocasionados por fuerza mayor, y en cambio sí dan derecho a indemnización los daños producidos por caso

Cuando varios profesionales causan el daño al prestar el servicio sanitario, se aplicará la regla de responsabilidad *solidaria* recogida en el art. 27.2 de la L.C.U., puesto que ambos preceptos regulan supuestos de responsabilidad objetiva y no hay razón que justifique una diversidad de tratamiento⁴⁴. Todos ellos responderían por el importe total de la indemnización frente al perjudicado, aunque a nivel interno o en vía de regreso cada uno contribuirá proporcionalmente, según su participación en la causación del daño.

VI. LAS OBJECIONES ESGRIMIDAS FRENTE A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL ART. 28.2 DE LA L.C.U.

Los autores ponen de relieve que resulta *contradictorio* configurar el contrato de servicios médicos como obligación de medios o de actividad y establecer una responsabilidad objetiva, en la que no se precise demostrar la negligencia del prestador del servicio⁴⁵. Un sector de la doctrina, así como la sentencia del T.S. de 7 de febrero de 1990, advierten que la responsabilidad objetiva consagrada en el art. 28.2 de la L.C.U., más que servir de protección al consumidor, le perjudica, pues trae consigo el riesgo de una *medicina defensiva*, conservadora y limitada⁴⁶.

Se piensa que la responsabilidad objetiva y generalizada que se ofrece en el art. 28.2 de la L.C.U. es tan amplia que cabe preguntarse seriamente si el legislador español ha meditado sobre la repercusión que la atribución de tales riesgos al sector empresarial pueda tener en el mercado nacional, siendo sorprendente que la norma haya podido ser aprobada por Las Cortes sin una dura oposición del sector empresarial afectado por ella⁴⁷.

Algún autor llegó a preguntarse hace unos años si aceptarían los tribunales civiles condenar a resarcir los daños causados sin culpa no sólo por la actividad

fortuito, pues mientras que el caso fortuito es algo interno al servicio, y en muchos casos indeterminado —la causa concreta productora del daño puede ser desconocida— *la fuerza mayor es siempre ajena al servicio*.

⁴⁴ En este sentido se pronuncia R. Bercovitz, ob. cit., pág. 239. Cuando la responsabilidad médica se exige por la vía de los arts. 1.902 y ss. del Cc., también es solidaria la responsabilidad de los profesionales médicos intervinientes y del titular del centro médico, cuando no consta la proporción en que la conducta de cada uno de ellos ha producido el daño (sentencia del T.S. de 12 de noviembre de 1998).

⁴⁵ Cfr. Parra Lucán (ob. cit., págs. 352 y ss.) y Sánchez Gómez (*Contrato de servicios médicos...*, cit., pág. 263). Por su parte, Cabanillas Sánchez («La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de «lex artis» y la carga de la prueba»; A.D.C.-1991, págs. 912 y ss.) califica de insólita la norma contenida en el art. 28.2 de la L.C.U., pues le parece poco equitativo que a una obligación de medios se vincule una responsabilidad absolutamente objetiva y pone de relieve la severa crítica que R. Bercovitz y García Cantero han efectuado sobre la deficiencia técnica de esa parte final de la L.C.U.

⁴⁶ En este sentido se manifiestan Fernández Costales [*La responsabilidad civil sanitaria (Médica y de enfermería)*]. *Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1995, pág. 55], Rivera Fernández (ob. cit., pág. 14) y Muñoz Machado (ob. cit., pág. 281).

⁴⁷ Cfr. R. Bercovitz, ob. cit., pág. 247.

normal de los entes públicos en sentido estricto sino también por la de los sujetos o personas jurídico-privadas que desarrollen actividades mercantiles o industriales dentro del sector público⁴⁸.

VII. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL HACIA LA APLICACIÓN DEL ART. 28.2 DE LA L.C.U.

La sentencia del T.S. de 22 de julio de 1994 no aplicó el art. 28.2 de la L.C.U., pese a que fue alegado por los recurrentes, por estimar que se trata de un precepto de carácter administrativo. Esta solución fue duramente criticada por algunos autores⁴⁹, lo que no impidió que fuera confirmada la decisión por la sentencia del T.S. de 29 de julio de 1994, aunque incidentalmente, pues se adujo el carácter de obligación de medios por parte del prestador del servicio, lo que exige una previa acreditación de una clara negligencia por su parte.

La sentencia del T.S. de 11 de febrero de 1997 también descartó la aplicación del art. 28 de la L.C.U., alegada por los recurrentes en cuanto no se acoge la responsabilidad objetiva que en ese precepto se consagra. Sin entrar esta vez en el argumento de que la norma tiene carácter administrativo, el Tribunal Supremo rechazó la aplicación de un criterio objetivo basándose en la reiterada jurisprudencia que, en materia de culpa médico-sanitaria, descarta toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo su 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.

Cuando parecía definitivamente perfilada la jurisprudencia, la sentencia del T.S. de 1 de julio de 1997, estimando el recurso de casación interpuesto por el paciente, reconoció al paciente su condición de usuario, para afirmar a continuación que el INSALUD presta los servicios sanitarios a que se refiere el art. 28.2 de la L.C.U., de lo que se deduce que «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»⁵⁰. Sin embargo, a pesar de tan nítidas declaraciones, esta sentencia condenó solidariamente al médico que realizó la intervención quirúrgica y al INSALUD, pero no aplicó el art. 28.2 de la L.C.U., sino los arts. 1.902 y 1.903 del Cc.

⁴⁸ Cfr. Leguina, Prólogo a la monografía de Beladiez, ob. cit., págs. 21 y 22.

⁴⁹ Cfr. R. Bercovitz («Comentario a la sentencia de 22 de julio de 1994», C.C.J.C.-37, em-1995, págs. 149 y ss.), Rivera Fernández (ob. cit., pág. 84) y Sánchez Gómez (*Contrato de servicios médicos...*, cit., pág. 264).

⁵⁰ Ya la sentencia de la A.P. de Toledo de 13 de mayo de 1994 había declarado que los pacientes y las entidades sanitarias, públicas o privadas, estaban sometidos al régimen del art. 28.2 de la L.C.U.

Lo mismo sucedió en el caso resuelto por la sentencia del T.S. de 21 de julio de 1997, en que un paciente ingresó en un centro hospitalario por una fractura consecuencia de una caída y, tras diversas curas e intervenciones quirúrgicas, terminó con una pierna amputada, debido a la infección sufrida por la herida quirúrgica, que originó un cuadro clínico de gangrena gaseosa.

Esta tendencia jurisprudencial ha dado un paso decisivo a raíz de las sentencias del T.S. de 11 de febrero de 1998⁵¹, 6 de mayo de 1998⁵², 9 de junio de 1998⁵³ y 22 de noviembre de 1999⁵⁴, que han aplicado directamente el art. 28.2 de la L.C.U., declarando sin ambages que se trata de una responsabilidad *objetiva*. Ignoramos si en el futuro se mantendrá o no esta línea, pero lo cierto es que ya se puede afirmar que ya existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que consideran que la responsabilidad médico-sanitaria tiene carácter objetivo⁵⁵.

Empero, todavía no podemos dar por definitivamente consagrada la responsabilidad médica objetiva en nuestro Ordenamiento jurídico, pues el Tribunal Supremo no aplica en muchos casos el principio *iura novit curia* —que obligaría al juez a aplicar el art. 28.2 de la L.C.U. aunque no lo mencione el demandante, como correctamente argumenta la sentencia del T.S. de 9 de junio de 1998⁵⁶ y, más genéricamente, la de 6 de mayo de 1998⁵⁷— y sigue aplicando la tesis tra-

⁵¹ La sentencia de 11 de febrero de 1998 juzgó un caso de contagio del virus del Sida a consecuencia de transfusión de sangre infectada, condenando al INSALUD a indemnizar los daños causados. Esta sentencia fue comentada por Peña López, C.C.J.C. 47, aa-1998, págs. 777 y ss.

⁵² La sentencia de 6 mayo 1998 resolvió un supuesto de estancia de un recién nacido en la incubadora durante el largo plazo de 56 días con una insuficiente vigilancia oftalmológica, recibiendo durante ese tiempo abundantes dosis de oxígeno que propició que el menor perdiera prácticamente la visión, condenando al INSALUD a indemnizar los daños causados. Esta sentencia fue comentada por Gómez Calle, C.C.J.C.-48, sd-1998, págs. 1177 y ss.

⁵³ La sentencia de 9 de junio de 1998 decidió sobre un caso en que, tras la administración de los productos anestésicos, la paciente sufrió un shock anafiláctico en el transcurso de una intervención quirúrgica para recuperar o mejorar la audición en un oído, que determinó un estado de coma irreversible manteniéndose en situación de vida vegetativa hasta su fallecimiento, condenando al Servicio Andaluz de la Salud a indemnizar los daños causados.

⁵⁴ La sentencia de 22 de noviembre de 1999 juzgó un caso en que la demandante tuvo un parto normal y al día siguiente se le retiró un catéter, pero cuatro centímetros del mismo quedaron seccionados y dentro del cuerpo de aquélla, concretamente, en el pulmón izquierdo, consignándose explícitamente en el alta hospitalaria la persistencia del daño, la posibilidad de complicación y la necesidad de un tratamiento con controles periódicos.

⁵⁵ En este mismo sentido, cfr. Paniza, «Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores», R.G.D.-1999, págs. 75 ss., en concreto, pág. 83.

⁵⁶ Esta sentencia declara tajantemente: «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». La sentencia recurrida sostenía erróneamente —según el Tribunal Supremo— que el art. 28 de la L.C.U. era inaplicable por no haberse ejercitado la acción correspondiente.

⁵⁷ Según esta sentencia, «lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*». Y más adelante, añade: «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*».

dicional. Así sucedió, por ejemplo, en la sentencia del T.S. de 12 de marzo de 1999⁵⁸: el demandante alegaba que no era correcto el tratamiento médico de un esguince de tobillo que se produjo en un accidente mientras conducía un ciclomotor y achacaba las secuelas que padecía a la actividad médica, puesto que «los médicos demandados no han probado que actuaron con la debida diligencia en el tratamiento de la lesión sufrida», argumento que el Tribunal Supremo rechazó, puesto que «contradice la constante doctrina de esta Sala en materia de responsabilidad médica en la que, a diferencia de otros ámbitos de responsabilidad, no juega la inversión de la carga de la prueba». Como puede comprobarse, con las líneas que anteceden ha quedado perfectamente demostrado que se equivoca el magistrado ponente de la sentencia citada últimamente al manifestar que la doctrina de la Sala es constante en esta materia.

Que nos encontramos aún muy lejos del reconocimiento de la responsabilidad médico-sanitaria objetiva lo demuestra la lectura de la sentencia del T.S. de 6 de febrero de 1999, triste muestra de la *escasísima sensibilidad* que tienen algunos tribunales ante los problemas que se originan en el ámbito que estamos estudiando. Una mujer acudió a los servicios de *urgencia* de una compañía médica, pues padecía dificultades respiratorias. El médico que la atendió no juzgó que su estado fuera tan grave para ser ingresada hospitalariamente, por lo que prescribió la continuación del tratamiento medicamentoso —expectorante y antibiótico— que la enferma ya tenía establecido, y oxígeno, solicitando a la compañía médica el suministro urgente de una bombona. La compañía médica recibió el encargo, *se le reiteró varias veces*, pero no llegó a efectuarlo, de modo que la enferma falleció a las pocas horas por parada cardiorrespiratoria. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial condenaron a la compañía médica a indemnizar basándose precisamente en el agravamiento que se produjo en el estado de la enferma en el prolongado período de inútil espera de la bombona de oxígeno. Frente a hechos tan evidentes, el Tribunal Supremo casó la sentencia declarando con toda frialdad que «la sentencia recurrida establece un nexo causal a base de conjeturas fundadas en una simple sucesión temporal de los hechos, *no en una indiscutible certeza probatoria*».

Imaginemos la angustia que tuvo que padecer la enferma, que se ahogaba y a la que prescribieron una bombona de oxígeno, viendo que pasaban las horas y no se le aplicaba el tratamiento, reclamando una y otra vez hasta que se produjo la parada cardiorrespiratoria irreversible. Posiblemente la enferma crónica hubiera fallecido de su enfermedad, pero también *es muy posible que no hubiera muerto aquel día si le hubieran suministrado la bombona de oxígeno*. El Tribunal Supremo no da importancia al hecho de que el médico prescriba una bombona de oxígeno, y que ese tratamiento no llegue a ejecutarse pese a ser reclamado y reiterada la petición. Pasa por alto la absoluta falta de diligencia

⁵⁸ Nos referimos a la «R.J. 1999, 2253», pues en esa misma fecha hay otra sentencia sobre responsabilidad médica, la «R.J. 1999, 1997», que coincide básicamente en sus razonamientos.

demostrada por la compañía médica, que, pese a ser requerida urgentemente y serle reiterado el aviso, no llegó a suministrar la bombona de oxígeno. *La compañía médica no hizo todo lo que estuvo en su mano para evitar la muerte* de la enferma y, por el contrario, demoró el tratamiento prescrito con urgencia, clara muestra de negligencia profesional, como el propio Tribunal Supremo ha indicado en otros pronunciamientos⁵⁹. Sólo por esos hechos era necesario que fuera condenada a indemnizar los daños causados porque, si no se aplica esa medida, ello supondría una grave discriminación para los enfermos crónicos: si no se les atiende debidamente y fallecen, siempre se podrá achacar a su enfermedad la causa adecuada de la muerte⁶⁰.

Pero lo más grave es que la sentencia que estamos criticando contradice claramente lo que manifestó la sentencia del T.S. de 20 de septiembre de 1997, redactada por el mismo magistrado ponente, que expresó: «Por otra parte, dice la Sentencia de 20 de marzo de 1997 que “la jurisprudencia tiene declarado que la actividad de sanar y la propia diligencia médica, ha de prestarse con la aportación profesional más completa sin regatear medios ni esfuerzos (Sentencias de 16 de febrero y 22 de mayo de 1995), y, por ello, deben evitarse las decisiones precipitadas y apresuradas como son las altas injustificadas, al representar una irreflexión o incluso rutina, que en nada favorecen al enfermo”».

Nada tienen que ver estas nefastas consecuencias, que por desgracia se aplican usualmente, con la finalidad que pretende el art. 28.2 de la L.C.U. A nuestro juicio, este precepto *debe aplicarse a los supuestos de responsabilidad médico-sanitaria*, con las matizaciones que más adelante se indicarán. Como señalan las sentencias del T.S. de 27 de enero de 1997 y 9 de junio de 1998, en esta materia es «preciso acudir a una interpretación no sólo lógica, sino, también, sociológica de los preceptos reguladores del instituto de la responsabilidad, sin olvidar el soporte de la *aequitas*, aquí siempre conveniente, y en todo momento, con la atención puesta en la realidad social de nuestro tiempo».

VIII. LA CONSAGRACIÓN ANTERIOR DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL EMPRESARIO SANITARIO

La admisión de la responsabilidad objetiva del prestador de servicios sanitarios por la jurisprudencia, al amparo de lo dispuesto en el art. 28.2 de la L.C.U., es un hecho incontrovertido. No obstante, hay un dato que no puede ser pasa-

⁵⁹ En otra decisión muy cercana en el tiempo, sentencia de 12 de noviembre de 1998, el Tribunal Supremo declaró la negligencia profesional incardinable en el art. 1.902 del Cc. «por no haber empleado los medios a su alcance, para realizar un tratamiento adecuado, cualesquiera (sic) que luego hubiese sido el resultado».

⁶⁰ Esta es también la impresión que se extrae de la lectura de la sentencia del T.S. de 10 de noviembre de 1998, que absolvió al médico demandado, puesto que correspondía al paciente la carga de la prueba de la negligencia profesional, «máxime cuando la paciente ya había sido sometida con anterioridad a una operación de implantación de prótesis de cadera, lo que hace suponer que estaba impuesta en este tipo de intervenciones».

do por alto. En las cuatro sentencias del Tribunal Supremo en que la *ratio decidendi* descansa en la aplicación del precepto mencionado, de 11 de febrero de 1998, 6 de mayo de 1998, 9 de junio de 1998 y 22 de noviembre de 1999, *sólo se condenó al titular del establecimiento sanitario, pero no a los médicos que intervinieron*, aunque en todas ellas –menos la segunda– éstos también fueron demandados⁶¹.

¿Puede inferirse de todo ello que el art. 28.2 de la L.C.U. sirve únicamente para exigir responsabilidad objetiva al titular del establecimiento sanitario, cuando no se ha probado suficientemente la negligencia del profesional médico?

Algunos autores opinan en sentido afirmativo⁶². Incluso la sentencia del T.S. de 9 de junio de 1998, apoyándose en una inexistente sentencia del mismo órgano de 23 de abril de 1998, transcribe en entrecorrido: «a tenor del art. 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 Instituto Nacional de la Salud, responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios»; y añade que en el caso del art. 28 de la L.C.U. «se aprecian matices de progreso encaminados a favorecer la reclamación de los perjudicados, por actos envueltos en la responsabilidad difusa de sus autores directos». En definitiva, como esta sentencia de 9 de junio de 1998 sugiere, la responsabilidad del prestador del servicio sanitario no es otra cosa que la *responsabilidad objetiva del empresario*, ya regulada en el art. 1.903.IV del Cc.⁶³ La misma argumentación se reitera en la sentencia del T.S. de 22 de noviembre de 1999.

La responsabilidad médica objetiva del titular del establecimiento sanitario público *ya se venía aplicando anteriormente por el Tribunal Supremo* en ciertas ocasiones, aunque no hiciera referencia al art. 28.2 de la L.C.U. En el supuesto de hecho resuelto por la sentencia del T.S. de 4 de noviembre de 1992, un niño falleció a consecuencia de los daños producidos por unas anomalías en el siste-

⁶¹ Cfr. Azparren Lucas, «Debate de la segunda ponencia», *Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1994, pág. 243: «Sólo una aclaración del art. 28 de la Ley de Consumidores. Estuve buscando sentencias que lo aplicaran y sólo encontré tres sentencias y, efectivamente, nunca se aplicó a un médico. En los tres casos se condena al Insalud (dos de Audiencias Provinciales y una de un Juzgado en las que se condena sólo al Insalud y se absuelve a los médicos)».

⁶² Ataz (ob. cit., págs. 260 y 261) sólo considera incluido en el art. 28.2 de la L.C.U. el supuesto en que los centros hospitalarios deben asumir el riesgo de empresa por los daños que el personal a su servicio pueda ocasionar culpablemente. Por su parte, De Ángel (ob. cit., págs. 68 y 69), se refiere al encaje de la responsabilidad objetiva de los establecimientos sanitarios en el art. 28 de la L.C.U., pero no menciona a los profesionales médicos. Por su parte, Pantaleón (ob. cit., pág. 241) cree que el art. 28.2 de la L.C.U. se refiere a «lo que llamaríamos funcionamiento anormal del servicio sanitario, que no exige necesariamente una culpa o negligencia individualizada».

⁶³ Como hemos indicado en otro lugar (*Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho civil: Obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, págs. 444 y 445), el art. 1.903.IV del Cc. viene a demostrar que la responsabilidad del empresario tiene más bien una función de garantía, muy cercana a la responsabilidad objetiva. Para la sentencia del T.S. de 17 de febrero de 1999, la responsabilidad a que se refiere el art. 1.903.IV del Cc. es «objetiva, fundada en la responsabilidad por riesgo».

ma de anestesia, al ser intervenido quirúrgicamente en una rodilla en un Hospital del INSALUD. El Tribunal Supremo separó con claridad el nexo causal y la imputación, pues determinó en primer lugar que la causa de la muerte pudo ser: bien la existencia de una enfermedad cardíaca previa, no detectada en los estudios preoperatorios; bien una disminución en el aporte de oxígeno, no apreciado inmediatamente por fallo de la sirena de alarma o de algún otro mecanismo de la instalación existente en el quirófano; o bien, finalmente, porque en el curso de la artroscopia que se realizaba se produjo una embolia gaseosa. Y a continuación, realizó el juicio de atribución o imputación al expresar: «circunstancias que revelan que en la asistencia dispensada al menor por parte del INSALUD y del Hospital Monte Naranco no fue completa la diligencia».

Obsérvese que el juzgador atribuyó la responsabilidad al INSALUD y al Principado de Asturias (titular del hospital) porque no se pudo determinar cuál de las tres posibles causas fue la que produjo efectivamente el daño; si se hubiera resuelto esa duda, la imputación habría sido distinta, porque entonces se le hubiera reprochado *también* el daño a otra persona (el encargado de los servicios preoperatorios, el anestesista o el cirujano que realizó la intervención quirúrgica). Y todavía cabe una tercera posibilidad: que se determine que la muerte se debió conjuntamente a más de una de las causas citadas, en cuyo supuesto habría más de un nuevo responsable.

Lo cierto es que, pese a no haberse determinado la causa del daño, las tres posibles llevaban el hilo conductor hasta el titular del centro hospitalario y de ahí que se le hiciera responsable del daño. ¿No se trata de un mecanismo propio de la responsabilidad objetiva?

Supuesto parecido se dilucidó en la sentencia del T.S. de 24 de mayo de 1999 (R.J.A. 3925) en un caso de amputación de mano a consecuencia de un politraumatismo. Se decretó la responsabilidad del INSALUD con base en el art. 1.903 del Cc., pues «entre estos responsables por actos de otros se encuentran los establecimientos (por ejemplo, un hospital) respecto de los perjuicios causados por sus dependientes (los médicos) en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados (los facultativos en las prestaciones sanitarias) o con ocasión de sus funciones (asistencia médica)»⁶⁴.

El mismo hecho de que se haya producido un daño desproporcionado con arreglo a la dolencia padecida por el enfermo es un claro síntoma de que algo ha fallado, de que alguna medida no se ha adoptado o de que se ha tomado incorrecta o tardíamente.

Parafraseando el dicho popular, para ese viaje, llegar a la conclusión de que existe responsabilidad objetiva de los titulares de los establecimientos sanitarios, no hacían falta esas alforjas, descubrir la aplicación del art. 28.2 de la L.C.U. A

⁶⁴ Las sentencias del T.S. de 19 de abril, 23 de abril y 19 de mayo de 1999 también condenaron al titular del Centro hospitalario, por la responsabilidad del empresario *ex* art. 1.903 del Cc., añadiéndola a la responsabilidad subjetiva del profesional médico.

nuestro juicio, este precepto *añade* algo más a la responsabilidad subjetiva del profesional sanitario del art. 1.902 del Cc. y objetiva del empresario sanitario privado del art. 1.903 del Cc., y es que *debe aplicarse también la responsabilidad objetiva a los profesionales sanitarios*, dependientes o no de aquellos establecimientos. Y sobre esta cuestión aún no se ha pronunciado nuestra jurisprudencia pues la sentencia del T.S. de 1 de julio de 1997, que mantuvo la condena al médico, la fundamentó en el art. 1.902 del Cc.

IX. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA COMO ÚNICA VÍA PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS

Por otra parte, resulta sorprendente que la jurisprudencia hubiera sido tan reacia con la admisión de la responsabilidad objetiva del titular del establecimiento sanitario público cuando está plenamente reconocida en nuestro Ordenamiento jurídico la *responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas por el funcionamiento de los servicios públicos*, consagrada en los arts. 106.2 de la Constitución, 139 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 y en el Real Decreto de 26 de marzo de 1993, que desarrolla tales preceptos.

La cuestión ha dado un giro radical tras la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de julio, y la modificación por la misma del art. 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Desde ese momento, *será la jurisdicción contencioso-administrativa la única competente* en materia de daños provenientes del funcionamiento de los servicios públicos, incluso si a la producción del perjuicio hubieran concurrido sujetos privados⁶⁵. Esta solución resulta confirmada por la Ley de 4 de enero de 1999, que introdujo la disposición adicional 12.^a de la Ley de 26 de noviembre de 1992, según la cual la jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para conocer de la responsabilidad por daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, prestados por las Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos de sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas. En este mismo sentido, la sentencia del T.S. de 7 de marzo de 2000 ha declarado que en la actualidad no cabe duda que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la Administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad.

Así, pues, la *compatibilidad entre la obligación de medios y la responsabilidad objetiva* es incuestionable y contundente cuando se trata de servicios sanitarios *públi-*

⁶⁵ Como este tema, véase, recientemente, Rodríguez Pontón, «La responsabilitat de les administracions sanitàries: algunes reflexions sobre la jurisdicció competent i la construcció dogmàtica de la responsabilitat administrativa», R.J.C.-1999, págs. 381 y ss.

cos, y no hay razón convincente que aconseje una solución distinta cuando se trata de servicios sanitarios privados.

Siendo posterior en el tiempo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas respecto de la L.C.U. y refiriéndose ambas al mismo supuesto de servicios sanitarios públicos, es perfectamente lógico pensar que la primera ha *derogado tácita y parcialmente* al art. 28.2 de la L.C.U. en lo que se refiere a la responsabilidad del titular del Centro público donde se prestan dichos servicios y de los profesionales sanitarios que trabajen en él⁶⁶.

X. CONCLUSIONES

En conclusión, el art. 28.2 de la L.C.U. seguiría siendo aplicable en los casos en que se exigiera responsabilidad a los prestadores de servicios sanitarios privados y a los titulares de establecimientos sanitarios privados no concertados. Que se produzca una equiparación entre un tipo y otro de servicios, públicos y privados, por el hecho de que la responsabilidad sea objetiva, no necesita que se fueren los conceptos incluyendo los servicios sanitarios privados dentro de los servicios públicos⁶⁷.

Algún leve atisbo de la tesis que defendemos puede vislumbrarse en la sentencia del T.S. de 22 de noviembre de 1999, que condenó al INSALUD por la vía del art. 1.903 del Cc., se apoyó también en el art. 28.2 de la L.C.U. y exculpó al médico interviniente, al no constar el nexo causal entre su actuación y el daño, lo que permite inferir que, *si se llegara a acreditar ese nexo, respondería también el profesional sanitario*, cuando actuase en el ámbito de los servicios sanitarios privados.

De cara al futuro más próximo, la confrontación jurídica a que hemos hecho referencia puede superarse mediante la consagración de *seguros obligatorios de responsabilidad civil* a cargo de los profesionales médicos y de los titulares de servicios sanitarios⁶⁸. El art. 30 de la L.C.U. ya prevé que «el Gobierno, previa audien-

⁶⁶ Afirma con rotundidad Parra Lucán, «Comentario a la sentencia del T.S. de 5 de octubre de 1999», C.C.J.C.-52, em-2000, págs. 223 y ss.; en concreto, pág. 229: «Con excepción de la responsabilidad civil derivada del delito, a la que me refiero más adelante, la acción de regreso de la Administración es, en la actualidad, la única vía de exigencia de responsabilidad por daños al personal sanitario de centros públicos (incluidos los centros concertados)».

⁶⁷ Escribe Beladiez (ob. cit., págs. 61) inmediatamente después de referirse al art. 28 de la L.C.U.: «Como puede apreciarse, el considerar que los servicios de interés general que prestan los particulares se rigen por un sistema de responsabilidad objetiva es —al margen de que se considere a dichas actividades como servicio público—, una realidad en nuestro Derecho. Por ello, su calificación como servicio público a efectos de la responsabilidad hoy por hoy no añade nada nuevo».

⁶⁸ Medida propuesta también por Muñoz Machado (ob. cit., pág. 282), que no cree «que existan tantas reclamaciones de indemnización, para que resulten insostenibles para las arcas públicas, ni que el establecimiento de un seguro general, en su caso, para hacer más fáciles y menos onerosas las aplicaciones prácticas de la responsabilidad, suponga el abono de precios elevadísimos, en comparación con el montante de los presupuestos públicos sanitarios». Sobre este tema son también interesantes las páginas que le dedica Yzquierdo, ob. cit., págs. 375 y ss.



cia de los interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios podrá establecer un sistema de seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada de los daños causados por productos o servicios defectuosos y un fondo de garantía que cubra, total o parcialmente, los daños consistentes en muerte, intoxicación y lesiones personales». Cuando se aplique este precepto, que aún permanece en suspenso, ello supondrá un coste añadido al valor ya escandalosamente elevado de los servicios médicos y hospitalarios, pero no cabe duda de que se trata de una medida favorecedora de la parte más débil de esta relación, el paciente o cliente. El seguro voluntario hace años que ha penetrado en este sector tan sensible⁶⁹.

⁶⁹ Ya escribía hace diez años Parra Lucán (ob. cit., pág. 351) que «las noticias difundidas por la prensa sobre negligencia y errores médicos han provocado en los últimos tiempos una incorporación masiva de este sector a las compañías aseguradoras».