

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO.

Por el Exmo. Sr. D. José Antonio García Caridad¹,
Presidente del Consello Consultivo de Galicia

I.- INTRODUCCIÓN.

Voy a limitar mi exposición a la responsabilidad civil de los médicos, prescindiendo de la penal, ya que ésta, aparte de lo excepcional en el actuar médico, se rige por los principios informadores del Derecho Penal entre los que hay que destacar el de la tipicidad. La responsabilidad civil derivada del delito tampoco la voy a tratar aquí, por no presentar especialidades que la separen de la derivada de cualquier tipo de delitos.

Sé que para muchos de vosotros es innecesario, pero creo que la composición de esta audiencia, integrada por juristas y profesionales médicos, hace conveniente dejar establecidos unos conceptos básicos o previos, aunque sea de forma telegráfica. Así y de forma sucinta distinguimos entre:

1º.- DOLO CIVIL.- Dice el artículo 1.269 del Código Civil que “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas por parte de uno de los contratantes, el otro es inducido a celebrar un contrato que, sin ellas, no haría”. El artículo 1.270 de igual texto legal dice que “para que el dolo produzca la nulidad de los contratos, deberá ser grave y no ser empleado por las dos partes contratantes”.

Alguno se preguntará, ¿qué tiene que ver el médico con el dolo civil así definido?.

Cuidado. Cuando un paciente acude libremente a un médico en su consulta privada, para ser diagnosticado y tratado y el médico acepta, se establece entre ellos una relación contractual y si el médico, mediante engaño, induce al enfermo a que acepte el tratamiento o le oculta riesgos de la intervención que le propone, se está produciendo un dolo civil, que modifica sustancialmente los efectos legales del acto médico que produjo efectos dañosos.

¹ Recensión elaborada por D. Miguel Juane Sánchez.

2º.- DOLO PENAL.- Es, como se apuntó anteriormente, el elemento fundamental de la responsabilidad penal, que está integrado por la voluntad de ejecutar el hecho y la conciencia de que se ejecuta.

3º.- IMPRUDENCIA.- Cuando sin mediar malicia o intención se causa daño a otro, por no haber prestado el agente el cuidado y atención que las circunstancias concurrentes exigían.

4º.- IMPERICIA.- El otorgamiento de un título profesional de acuerdo con la normativa vigente, crea una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de esa profesión.

Esa impericia puede encontrar su fundamento causal ya en la ignorancia, ya en la defectuosa ejecución del acto requerido, por lo que puede distinguirse entre la culpa profesional, que no es otra cosa que la imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en el ejercicio de su oficio y la culpa propiamente profesional que descansa en la impericia.

Como la apreciación de la impericia médica requiere, cuando menos, un conocimiento de la profesión, normalmente será preciso un informe pericial médico.

5º.- RESPONSABILIDAD.- Es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de responder del hecho realizado y de sufrir sus consecuencias jurídicas.

II. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE.

Conviene, antes de determinar la responsabilidad médica, realizar una aclaración en la exposición y dar respuesta a la siguiente cuestión: ¿Qué naturaleza jurídica tienen las relaciones entre médico y enfermo?.

Es un tema que aborda la doctrina de forma reiterada y que hoy, como veremos, ya es pacífico.

El artículo 1.254 del Código Civil dice que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio” y el artículo 1.258 “que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

De estos textos se deduce que en todos los supuestos en que entre médico y enfermo se conviene directamente que el segundo vaya a diagnosticar al primero, estamos en presencia de una relación contractual, mientras que cuando el concierto se establece entre el enfermo e instituciones sanitarias que, a su vez, tienen

relación laboral o institucional con el médico que va a prestar la atención, la relación entre éste y el paciente es extracontractual.

En la doctrina se ha venido discutiendo qué tipo de relación contractual se establece entre médico y enfermo cuando ellos son los que personal y directamente la conciertan.

Hubo opiniones para todos los gustos. Se le pretendió calificar de mandato, comisión civil, arrendamiento de obra, de servicios, etc.

Hoy creo que este tema está zanjado, pues la moderna jurisprudencia ha abordado la cuestión y se ha decantado decididamente por calificarla de arrendamiento de servicios. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990 califica de contrato de servicios especial el que une al médico con el paciente:

“Es corroboración de la solución acogida en el presente fundamento de derecho, es de considerar que si ciertamente el derecho positivo español no contiene preceptos definidores del estatuto jurídico del médico sin embargo la doctrina científica y la jurisprudencia, partiendo del ordenamiento jurídico general civil, ha llegado a establecer el principio de que el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios, y aunque esta posición simplista, reductora de la intervención facultativa al aspecto contractual, omite la esencial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él, o de quien lo represente o tenga su guarda, 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, con complejidad incluso de relaciones, lo que determina la singular de que aquella calificación de arrendamientos de servicios que se produce entre el médico y el enfermo, con su molde amplísimo comprensivo de acogida de los servicios superiores y muy cualificados de quienes, como los médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales, según reconocen las Sentencias, entre otras, de 18 de enero de 1.941, de 22 de diciembre de 1.955, 7 de junio de 1.958 y 2 de junio de 1.960, revela claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica, siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado, salvo en el caso de que la relación jurídica con-

certada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias o de otra índole, lo que en definitiva conduce a que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan en lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional".

Llegados a este punto y antes de tratar de la responsabilidad, conviene ver qué tipo de obligación contrae el médico en su relación con el paciente, ya que, en muchos casos, la postura que en cuanto a esto se adopte, determinará la responsabilidad.

En otras palabras, el arrendamiento de los servicios médicos ¿es un arrendamiento de prestación de medios que tiendan a la curación o es una obligación de resultado de sanar? Este punto de partida, como puede verse por la jurisprudencia, sí es trascendente, ya que en la primera postura, el que el resultado no se consiga, no implica, sin más, que haya incumplimiento del contrato, porque el médico sólo prometió una diligencia en orden a la obtención del resultado, mientras en la segunda sí habrá incumplimiento.

Pues bien, aquí la doctrina es pacífica al entender que la obligación del médico es sólo de medios en los supuestos normales. E, igualmente, la jurisprudencia europea, de forma reiterada ha sentado, como axioma, la doctrina de que el médico no es responsable de la falta de curación del paciente si no es por motivos a él imputables.

Mención aparte merecen intervenciones médicas determinadas, que suelen calificarse como obligación de resultado. Entre ellas se citan:

- A.-Los análisis clínicos
- B.-Las prótesis dentales
- C.-Las graduaciones ópticas
- D.-Las llamadas de cirugía estética que tratan de corregir una imperfección física, sin perjudicar en nada la salud del paciente.

La pregunta que debemos plantearnos entonces es, si en una operación de este último tipo se malogra el resultado, ¿puede el paciente pedir indemnización al médico?.

Aquí las opiniones se dividen, pues mientras unos propugnan que el médico debe responder de cualquier fracaso, otros distinguen entendiendo que hay responsabilidad en aquellas intervenciones que tengan una finalidad puramente esté-

tica, mientras no la hay en las que tratan de corregir imperfecciones físicas que originan importantes repercusiones psíquicas. Pero esto es muy inseguro y no podemos olvidar que el Derecho, por encima de todo exige seguridad.

Por otra parte, hay quienes pretenden que la obligación de los cirujanos estéticos sea igual a la del resto de los médicos, cuando éstos hubieren cumplido escrupulosamente el deber de información al paciente sobre los riesgos y probabilidades del resultado.

La jurisprudencia española, que yo sepa, aún no ha abordado directamente esta cuestión pero parece que subyace la opinión de que no se trata de una obligación de resultado sino de medios, pero aplicando una presunción de culpa en el médico cuando el resultado anunciado no se produce.

De lo hasta ahora dicho se infiere que, básicamente, puede haber dos clases de responsabilidad médica, una contractual cuando entre médico y paciente media un contrato de arrendamiento de servicios y una extracontractual cuando ese contrato entre ellos no existe.

Pero esta distinción teóricamente fácil, en la práctica no resulta tan sencilla, pues hay supuestos en los que pueden concurrir ambos tipos, por lo que la jurisprudencia tiende a dar un tratamiento unitario al daño.

Alguno se preguntará ¿y qué importancia tiene este tratamiento unitario? Pues veremos que no es cuestión baladí y realmente sí que la tiene, ya que en la responsabilidad contractual no se presume la solidaridad entre los deudores, mientras sí existe esa solidaridad en la responsabilidad extracontractual y, además, que en la contractual la acción para reclamar prescribe a los 15 años (artículo 1.964 del Código Civil), mientras que en la extracontractual, ese plazo prescriptivo es sólo de un año (artículo 1968.2 del Código Civil).

Díez Picazo, con la perspicacia que le caracteriza, argumenta frente a los que afirman la incompatibilidad de ambas responsabilidades, que cuando cabe dudar si el daño se produjo dentro de una relación contractual o fuera de ella, hay que entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infligidos al ocasionar los daños, no es tanto un factor que configura la acción, dotándola de una única naturaleza, cuanto entender que son simples fundamentos de derecho de la prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho, son, en alguna medida, intercambiables e incluso apreciables “de oficio” por el juez, por virtud del principio “*iura novit curia*”.

Esta matización parece razonable, pues no se puede exigir al demandante, cuando ejercita su acción que tenga que hacer previamente, muchas veces sin certidumbre, la elección del camino a seguir. Y tan razonable es esto que el Tribunal Supremo de forma reiterada viene declarando que ambas responsabilidades tienen

una única finalidad reparadora, por lo que se puede llegar a la condena, si no es por una, sí por la otra, ya que la extracontractual completará a la contractual, integrando elementos conducentes a un pleno y satisfactorio resarcimiento.

En este sentido resulta fundamental la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997, cuyos fundamentos jurídicos 3º y 4º reproducimos a continuación:

“TERCERO.- ... (Son de aplicación) los artículos 9.4 de la LOPJ y 3, b) LJCA que reservan a la jurisdicción contencioso-administrativa el exclusivo conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración por responsabilidad patrimonial derivada del defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, doctrina general aplicada por el artículo 293.2 LOPJ al supuesto de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y por la Disp. Adic. 1ª del RD 26 de marzo de 1.993 a los daños y perjuicios causados con ocasión de la asistencia sanitaria. (...) Mas como sostuvo el órgano jurisdiccional “a quo”, sin que se desconozcan las tesis contradictorias, de carácter doctrinal, habidas acerca del idóneo cauce jurisdiccional, ni los criterios, a veces, encontrados entre la jurisprudencia de las diferentes Salas de este Tribunal, sobre la cuestión en estudio exige una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo (cita varias sentencias), según la cual cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), bien las que han venido a sucederle en las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en la materia -así, en Cataluña el Institut Català de la Salut- realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas 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 lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, según el cual cuando el estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. (...)”

CUARTO.- En efecto, esta Sala toma en cuenta que los hechos, base de la pretensión ocurrieron bajo el amparo de la LPA anterior a la actual y bajo la “perpetuatio iurisdictionis” originada por sus normas, e interpretación judicial consiguiente, ya que la demanda se presentó con fecha 27 de

junio de 1.990, de manera que como se ha resuelto en casos análogos, la jurisdicción civil resulta competente para conocer del asunto. Mantiene, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1.995, que resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recorrida, aunque se facilitase en virtud de una obligación legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y, por tanto, el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en el previsto en el artículo 41 de la Ley de Régimen de la Administración del Estado, es decir, cuando actúa en relaciones de derecho privado, supuesto en el que responderá ante los Tribunales ordinarios por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, por más que se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración, e incardinándose todo ello en el ordenamiento civil, a los efectos de la reclamación de la oportuna indemnización. En esta línea se encuentran ... (cita varias sentencias), y aunque las mismas recayeron en supuestos de culpa extracontractual, su doctrina es aplicable a todo género de culpa o negligencia, máxime, cuando lo dispuesto en el artículo 1903, apartado quinto, del Código Civil, debe entenderse completado por el artículo 40.1 de la Ley anteriormente citada que permite exigir responsabilidad al Estado. o entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, norma la expresada que figura consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución.”

III. REQUISITOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

Prescindiendo de disquisiciones doctrinales, bástenos señalar aquí que comúnmente se aceptan como necesarios los siguientes requisitos:

- 1.- Una acción u omisión antijurídica del médico.
- 2.- Que esa acción u omisión sea dolosa o culposa
- 3.- Que se haya producido un daño real
- 4.- Que haya una relación causal entre el actuar del médico y el daño sufrido por el paciente.

LA ACTUACIÓN DEL MÉDICO.- Además de una acción u omisión humana y voluntaria, ese actuar ha de ser ilícito, pero la ilicitud de esa conducta no necesita prueba, ya que se presume por el mismo hecho de ser la causante de

un daño a otro y ha de ser quien invoque una causa de justificación de su conducta quien la pruebe, para enervar su obligación resarcitoria del daño. Pero aún esto último, hay que resaltar que es opinión generalizada que en la responsabilidad médica no operan las llamadas causas de justificación típicas del derecho penal, cuales son el consentimiento del dañado, el estado de necesidad, la legítima defensa y el ejercicio de un derecho, ya que aquí lo único trascendente será la culpa o negligencia y no la antijuricidad del acto.

LA CULPA.- Nuestro sistema jurídico vigente, con base en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, parte del principio de que tanto la responsabilidad contractual, como la extracontractual, ineludiblemente exigen la culpa o negligencia por parte del médico.

La jurisprudencia define a la culpa, como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

La CULPA MÉDICA, por tanto, será la falta de diligencia y previsión, que acarrea la infracción de alguno de los deberes médicos y, con ello se cause un daño al enfermo. Pero el patrón de diligencia no es el de un buen padre de familia, sino el de un buen profesional y se extiende a todas las actividades o actos, que realice el médico en ejercicio de su profesión.

Dentro del concepto de culpa como falta de diligencia y previsión de un buen profesional de la medicina, es necesario tratar de hacer la distinción entre culpa civil y culpa penal, ya que en la práctica, la fácil explicación a que algunos recurren, de que es penal cuando esa conducta está tipificada en el Código Penal y sancionada con una pena, no nos vale, máxime cuando nos enfrentamos con supuestos que pueden ser calificados como imprudencia civil e imprudencia leve de carácter penal.

Para algunos habrá culpa penal si se infringe el deber objetivo de cuidado, que recae sobre el médico y culpa civil si no se incumple tal deber, pero esto es relegar la culpa civil a la esfera de la responsabilidad, haciéndolas coincidir, cuando culpa y responsabilidad objetiva son conceptos incompatibles.

Lo impreciso de la frontera o línea de separación entre una y otra clase de culpa ha llevado a la Ley a dejar su determinación y persecución, al arbitrio del perjudicado, que es soberano para elegir entre uno y otro camino, con la ventaja de que si opta por la vía penal y en ella es absuelto el médico, el perjudicado puede, después, iniciar un proceso civil para dilucidar si hubo culpa civil.

Sinceramente, quizás por mi formación civilística, a mí me da miedo la nueva corriente de opinión doctrinal que preconiza que en los supuestos en que el médico, pese a haber actuado con toda diligencia y sin haber incumplido ningún

deber profesional, ni haber creado riesgos innecesarios, causa daños al paciente, debe indemnizar. La tesis de que en justicia debe ser así, me parece muy peligrosa, porque rompe los esquemas jurídicos imperantes y consolidados.

LA CARGA DE LA PRUEBA.- También conviene que nos detengamos un poco para hacer una reflexión de índole eminentemente práctica, me refiero al tema de la carga de la prueba de la culpa o negligencia del médico como presupuesto ineludible de su responsabilidad.

La doctrina es unánime en afirmar que el tema de la carga de esta prueba es sumamente complejo y, por eso, discrepa en su solución.

Voy a hacer una breve referencia a esa discrepancia doctrinal, para después ver realmente cómo abordan esa cuestión los tribunales.

Para todos ellos el punto de partida es el artículo 1.214 del Código Civil, que dice que *“incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone”*.

Frente a los autores que afirman que aquel que pretenda el resarcimiento le basta probar la existencia de la obligación, para que quede traspasada al deudor la prueba del correcto cumplimiento, Jordano Fraga acertadamente, en mi opinión, destaca que *el artículo 1.214 del Código Civil es una norma procesal neutra de la carga de la prueba y de aplicación a posteriori, sobre las calificaciones previas que, en todo caso, corresponden a las normas sustantivas y no adjetivas o procesales*.

Ello explica el por qué en una reclamación de responsabilidad, al acreedor no le sirve sólo la prueba de la existencia de la obligación (como ocurriría en una pretensión de cumplimiento) sino que, además, es requisito necesario la prueba de la contravención de la obligación por el deudor. Y todo ello, en virtud de lo establecido por el artículo 1.101 del Código Civil, que es norma sustantiva, que ha calificado tal incumplimiento como el hecho constitutivo, prueba que incumbe al acreedor-demandante como fundamento de su pretensión.

Pero es aquí donde se originan las discrepancias teórico-doctrinales, ya que un sector afirma que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado tiene relevancia suficiente para incidir en el tema de la prueba de la culpa, hasta el punto, afirman, de que en las obligaciones de resultado, la prueba de la no culpa corresponderá al deudor, como hecho constitutivo para ser liberado de su responsabilidad. Mientras en las obligaciones de medios la culpa es un hecho que corresponde probar al acreedor.

También debe resaltarse aquí que, mientras unos pretenden diferenciar entre la culpa contractual y la extracontractual, para decir que en el ámbito de la

extracontractual el sujeto dañado es el que ha de probar la culpa del dañador, en la contractual se produce una inversión de la carga de la prueba y ha de ser el deudor el que ha de probar su no culpa para quedar exonerado; la doctrina mayoritaria aplica a ambos el artículo 1.214 del Código Civil, ya que las normas de la carga de la prueba no valoran las pruebas dadas por las partes, sino que se limitan a distribuir entre los mismos el riesgo de su incerteza o ausencia en función de que el hecho a probar se considere por el Derecho sustantivo como constitutivo o extintivo con relación a una determinada pretensión.

Por ello, concluyen, la diversidad de naturaleza contractual o extracontractual, que venga asignada a un supuesto concreto de responsabilidad civil médica, no es criterio para variar las reglas de la carga probatoria.

Con relación al tema de la carga de la prueba, según se trate de obligación de medios u obligación de resultado, la polémica doctrinal es aún mayor, pues aparte del grupo doctrinal al que acabamos de hacer referencia, otros como Santos Briz, mantienen la tesis de que, en todo caso, será el paciente o sus herederos, los que han de probar la culpa del médico junto con la relación de causalidad entre la culpa y el daño.

Y otros, niegan la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, afirmando que, en cualquier caso, la obligación es de actividad, porque, aunque la prestación se designe por el contenido de la actividad, lo esencial es el vínculo contractual, y no el resultado.

Lógicamente, como todo esto puede ser un galimatías, otros autores dicen que lo adecuado es exigir al médico la prueba de su diligente cumplimiento y al enfermo la ausencia del mismo, o sea, que el enfermo ha de probar la existencia de la obligación y su incumplimiento y el médico ha de probar que cumplió con toda diligencia.

Toda esta discusión sobre el “*onus probandi*” de la culpa, incluso la conclusión a que llega la teoría más generalizada que exige al demandante la prueba de la culpa del médico, cuando se analizan con detenimiento las sentencias sobre este tema, realmente se ve que no funciona con ese rigorismo teórico, sino que el presupuesto de la culpa del médico es deducido por el juez partiendo de los datos que los litigantes aportan al proceso con el designio de obtener una decisión favorable a su postura procesal, lo que evidencia que es el juzgador, quien usando la prueba de presunciones (uno más entre los medios probatorios admitidos en Derecho y, a veces, el único eficaz) llega a la conclusión por las reglas del criterio humano, partiendo de unos hechos probados, de que la conducta del médico merece o no, el calificativo de culposa o negligente. Y esto mismo puede predicarse de la prueba de la relación de causalidad entre el actuar médico y el daño.

Por esta razón el autor que, para mí, mejor ha tratado el tema de la prueba en los juicios de responsabilidad médica, Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá, llega a las siguientes conclusiones que han de tenerse presentes en estos procedimientos judiciales:

Primero, tiene absoluta preeminencia el principio de aportación indiferenciada de hechos al proceso, con el fin de obtener un resultado posterior a través del procedimiento probatorio correspondiente.

Segundo, intervención de las reglas de libre valoración de la prueba por parte del juez.

Tercero, intervención de la presunción de hecho para llegar a la afirmación de la culpa o no culpa del médico en el supuesto concreto.

Cuarto, inadecuación desde el punto de vista estricto de la concepción de la carga de la prueba mantenida por muchos tratadistas de la responsabilidad médica.

EL DAÑO.- Se le ha definido como “todo menoscabo material o moral, causado ilícitamente, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”.

Santos Briz afirma que “*el daño se determina mediante una operación de cálculo, comparando la situación real del patrimonio después del elemento dañoso y el estado imaginario que representaría si éste no hubiese ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia del daño y su cuantía*”.

El daño ha de ser cierto y, por tanto, ha de probarse y puede consistir en la pérdida de posibilidades de actuar (análisis prenatales que erróneamente no detectan anomalías del feto e impide a los padres optar por el aborto terapéutico) y, además, el daño ha de ser propio de la persona que reclama.

Los daños pueden ser patrimoniales, en los que se incluye tanto el daño emergente, como el lucro cesante y no patrimoniales.

Como una categoría de los daños patrimoniales hay que destacar aquí los daños corporales o daños que afectan a la integridad física y psíquica de la persona, contrapuestos a los daños puramente morales derivados de las lesiones, aún cuando su reparación sea también de índole patrimonial.

La valoración del daño corresponde al Tribunal de instancia.

También son intermedias las indemnizaciones por fallecimiento, ya que pueden causar a los familiares una disminución de sus ingresos, además de daños estrictamente morales.

La doctrina define el DAÑO MORAL, como aquel que cause un perjuicio que, sin afectar directamente al patrimonio o cosas materiales, se refiere directamente al patrimonio espiritual, como el honor, y el *pretium doloris*. Son indemnizables, aún cuando a veces el *quantum* es muy difícil de fijar por la subjetividad que encierra.

LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD.- Es el nexo que une la actuación del médico con el resultado dañoso.

Como siempre que una cuestión es difícil y compleja surgen varias teorías para explicarlo. En este sentido conviene distinguir:

A) La teoría de LA EQUIVALENCIA o de LA CONDICIÓN, según la cual es causa que fundamenta la responsabilidad, todo elemento que ha condicionado el resultado concreto. Pero se le objeta que, en ocasiones, un mismo hecho puede tener causas múltiples y no puede determinarse cual fue la más importante para la producción del daño.

B) La teoría de LA ADECUACIÓN, que dice que es causa no toda condición del resultado, sino sólo aquella que generalmente es la apropiada para producir tal resultado. En teoría parece fácil, pero la práctica es difícil por ser demasiado abstracta.

C) Estos graves inconvenientes de ambas teorías han llevado a la doctrina civil a buscar una teoría PRAGMÁTICA (aunque el término parezca antitético) cual es que, partiendo de la base de que la relación causal es una cuestión de hecho a demostrar a lo largo del pleito mediante prueba, hay que buscar la justicia de cada caso concreto.

En otro orden de cosas, cabe señalar que como circunstancias que rompen la relación causal se señalan:

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor.
- b) La culpa de la propia víctima.
- c) El hecho de tercero.

Yo creo que también se rompe el nexo causal, cuando el resultado dañoso se produce inevitablemente por la propia enfermedad y cuando se produce por el propio tratamiento, aunque éste sea el adecuado y correctamente ejecutado.

IV.- DEBERES MÉDICOS.

Llegados a este punto, y si hemos dicho que la responsabilidad médica surge de la negligencia en el cumplimiento de los deberes del médico, parece

oportuno detenernos en estudiar cuáles son estos deberes médicos para, al final, poder dar algún consejo de cómo evitar los peligros de una responsabilidad.

Partimos aquí de la base de que no existe un Código de los deberes médicos, que delimite claramente cuáles son las obligaciones cuya infracción acarrea responsabilidad.

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 no lo hace y el Código de Deontología y Ética Médica, aprobado por la Organización Médica Colegial, aunque dice que sus disposiciones obligan a todos los médicos en su ejercicio profesional, es lo cierto que, al no estar promulgado por autoridad legislativa o ejecutiva, carece de carácter normativo y no tiene el carácter de ley aplicable a la relación de médico-enfermo, aunque sí tenga un carácter orientativo muy interesante.

Por su importancia, vamos a tratar aquí como obligaciones médicas cuyo incumplimiento provoca responsabilidad, el deber de informar al enfermo de lo que se propone hacer el médico y de sus riesgos; la de obtener el consentimiento del enfermo para que el médico actúe y la *lex artis*, a la que siempre ha de someterse el médico así como de la obligación de conocimientos y disposición de medios para que el médico pueda someterse adecuadamente a la *lex artis*.

A.- El deber de información y obtención del consentimiento

El deber de información del médico surge y es correlativo al derecho que tiene el enfermo de ser él quien disponga de su propio cuerpo, en el que se va a efectuar un tratamiento médico. Por eso, el facultativo, antes de recabar su consentimiento y para que pueda consentir libremente y con pleno conocimiento, ha de informarle, comenzando por el diagnóstico que hace y después del tratamiento a seguir, explicándole los riesgos inherentes y las consecuencias que puede tener. Todo ello lo ha de hacer el médico en términos que sean comprensibles para un profano en medicina.

La Ley General de Sanidad impone esta obligación en su artículo 10-5, al decir que *“todos tienen derecho a exigir a las Administraciones Públicas sanitarias, que se le den, en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico y alternativas de tratamiento”*.

El artículo 11 del Código de Deontología médica dice que *“en principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de responsabilidad, del pronóstico más probable. Lo hará también al familiar o al allegado más íntimo o a otras personas que el paciente haya designado para tal fin”*.

“En beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave, aunque esta actitud debe considerarse excepcional, con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro”.

Es obvio que ha de ser el médico quien ha de valorar las circunstancias de cada caso para decidir cómo y en qué términos ha de cumplir su deber de información.

Una vez dada al enfermo la pertinente información, se ha de pedir su consentimiento para la actuación médica, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia, de modo unánime, así lo estiman, llegando a decir la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995, que *“la actuación médica sin ese previo consentimiento es una infracción grave de la “lex artis””.*

Por otro lado, la Ley General de Sanidad, dice que el paciente tiene derecho a negarse al tratamiento propuesto, y en su artículo 10.6 señala que *“los pacientes tienen el derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*

- *Cuando la intervención suponga un riesgo para la salud pública.*
- *Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso ésta corresponderá a los familiares.*
- *Cuando la misma no permita demorarse, por existir grave peligro de lesiones o muerte del enfermo”.*

Con relación a estas excepciones, baste decir que en la primera el riesgo ha de ser cierto (riesgo de epidemia) y que son las autoridades sanitarias las que lo han de valorar.

La segunda que, además de la incapacitación del enfermo la intervención ha de ser urgente y así lo exige la sentencia citada del Tribunal Supremo, de 24 de mayo de 1995, que añade que cuando concurren esas dos circunstancias se puede actuar.

El tema de la libre opción del paciente al tratamiento que se le quiere prestar es jurídicamente polémico, por cuanto la Ley General de Sanidad, en sus artículos 10-9 y 11-4, dispone que *“el rechazo o negativa al tratamiento prescrito conlleva el deber de solicitar y firmar el alta voluntaria y que si el paciente se niega a ello la dirección del centro le puede dar el alta”*, cosa que agrava el Texto Refundido de la Seguridad Social, cuando dice que *“el beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos y cuando, sin causa razonable, los rechace o abandone el tratamiento, podrá ser sancionado con suspensión del*

derecho al subsidio que le pueda corresponder en su día y con la pérdida de otros derechos”.

Yo creo que estas limitaciones son anticonstitucionales.

Lo que parece claro es que la práctica de una intervención médico-quirúrgica, que modifique el organismo del paciente, cuando se hace sin su consentimiento y más si es contra su voluntad, constituye un delito (coacciones o contra la libertad personal), pues sólo goza el médico de impunidad en las lesiones que cause en su profesión, cuando actúa con el consentimiento del paciente.

PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO.- Rige el artículo 1.254 del C. Civil y el principio instaurado desde el Ordenamiento de Alcalá.

Lo que no puede perderse de vista es que el hecho de ir al médico indica *prima facie* que el enfermo está dispuesto a seguir el tratamiento que se le proponga. De todas formas lo más prudente y práctico es que en los supuestos de tratamientos peligrosos e intervenciones quirúrgicas graves, se solicite la prestación del consentimiento por escrito.

B.- Obligación de conocimientos, habilidad y diligencia

No basta con que el médico informe y obtenga el consentimiento del enfermo, debe cerciorarse que él tiene capacidad para ejecutar el tratamiento o intervención que propone.

El Código de Deontología lo impone de forma tajante, cuando dice en el artículo 21-2 que *“excepto en situación de urgencia, el médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá que se recurra a otro compañero competente en la materia. Para ello, en caso necesario debe aconsejar al paciente que acuda a un centro hospitalario o a un especialista”.*

Ha de tener el material necesario para el trabajo a realizar en condiciones idóneas y recurrir a otro médico cuando tenga que realizar pruebas que sean necesarias para el diagnóstico y tratamiento y que él no puede llevar a cabo.

La consecuencia del daño por el mal estado del instrumental se dice que es una responsabilidad extramédica o de responsabilidad común, pero a mí me parece que en la mayoría de los casos sigue siendo responsabilidad médica (problema de la asepsia).

C.- Obligación de diagnóstico y tratamiento

Es la más importante obligación médica y también la más compleja y problemática.

Por lo acertadas que son, yo quiero aquí citar las palabras que al diagnóstico médico le dedica Quintana Ferguson en su ya clásica obra “*LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO*” (1949):

“Mas he aquí que este acto fundamental de la actuación médica es, a su vez, el más impreciso de toda ella. La variedad de procesos patológicos es infinita, confusa y equívoca y llena de síntomas análogos, comunes e insólitos. Tan difíciles de interpretar como que pueden tener sentidos muy opuestos y contradictorios. Además pese a su desarrollo pasmoso, la ciencia médica sólo ofrece todavía al médico procedimientos demasiado elementales para conducirlo a la certeza”.

“El médico se mueve en plena hipótesis, en cuyo terreno esa especie de sexto sentido, que es el ojo clínico, le es más útil, que los más profundos saberes científicos”.

“Como siempre serán varios los diagnósticos que pueden ofrecerse como posibles y acertados y tendrá que optar por uno que le parece el más acertado. Si acierta mostrará un gran sentido clínico, pero si yerra, lo hará de buena fe y contra su voluntad. Habrá cometido un error de diagnóstico, pero no una falta”.

Precisamente, por lo dicho, se entiende que el error de diagnóstico como, a menos que sea grosero no puede comprometer la responsabilidad del médico.

Y esto es lógico, ya que siempre concurre en el diagnóstico un elemento aleatorio y sólo se puede responder cuando ese diagnóstico fue absoluta y groseramente erróneo o haya sido hecho a la ligera o de modo irreflexivo, en cuyos supuestos el reproche se traslada a la atención y comprobaciones que debía haber efectuado, que hacen que la equivocación sea inexcusable y por tanto culposa.

D.- La lex artis ad hoc

La fórmula de la *lex artis*, la inició la jurisprudencia penal, para trasladarse posteriormente a la civil.

La *lex artis* o norma de conducta, que exige al médico un buen comportamiento profesional, se define como aqueel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital y, en su caso, de las influencias y otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) para calificar dicho acto conforme o no conforme con la técnica normal requerida, derivando de ello la posible responsabilidad de su autor por el resultado de su intervención o acto médico.

De aquí que esta *Lex* sea un parámetro de conducta más que una concreción de los deberes. Es decir, que para la calificación de la conducta profesional se recurre a las normas médicas.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 marzo de 1991, dice que “*es una regla de conducta, que tiene por objeto ver si las acciones del médico en concreto, han sido correctas o no, con arreglo a las normas de la profesión médica. En cambio, las prácticas de opinión constituidas por teorías estimables, pero sobre las cuales la opinión científica puede estar dividida, no pueden constituir lex artis, a los efectos de exigir responsabilidad*”.

Por eso, la doctrina sólo estima que son normas médicas:

- A) Las normas deontológicas aprobadas por la Organización Médico Colegial.
- B) Los usos propiamente dichos, que sean constantes y universalmente admitidos dentro de la medicina y aceptados por los miembros de la profesión y así enseñados en las facultades universitarias.

Como notas características se señalan:

- 1º. Como tal *lex*, implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que valoran la misma.
- 2º. El objetivo es valorar la corrección o no corrección del resultado de dicha conducta, o sea, que esa conducta o actuación médica, sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales en casos análogos.
- 3º. Es técnica, pues los principios o normas de la profesión médica, en cuanto ciencia, se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor.
- 4º. Concreción de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*. Es la individualización de la *lex artis*. Así como en toda profesión rige una *lex artis*, que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán otros factores (no es lo mismo la asistencia a un moribundo que a un enfermo leve, o practicar una cesárea en un medio rural o por un equipo de un centro hospitalario).

Por ser aplicable a cada acto médico repercutirá:

1. En la legitimación, es decir, quién debe actuar, cómo y cuando.
2. En la esfera funcional o eficacia del acto médico, dependiendo, en su caso, del centro sanitario, cobertura social.
3. En la importante medición de la responsabilidad.

De todo ello se deduce que en la medicina, “cada acto tiene su ley” o genera su propia ley, con la que indefectiblemente debe ser juzgado el médico.

Conviene hablar aquí, a modo de ejemplo, del secreto profesional, que está regulado en normas deontológicas colegiales, pero su sanción se encuentra en muchos casos en el Código Penal. Cabe citar aquí a modo ilustrativo los siguientes artículos:

- *Código de Deontología Profesional.*

. Art. 16.1.- “El secreto médico es inherente al ejercicio de su profesión y se establece como un derecho del paciente para su seguridad. El médico guardará secreto de todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que haya conocido en el ejercicio de su profesión.”

. Art. 17.- “En el ejercicio de la medicina de equipo, cada médico es responsable de la totalidad del secreto.”

Pueden revelarlo:

. Art. 18.-

a) “Por imperativo legal. Si bien en sus declaraciones ante los Tribunales deberá apreciar si, a pesar de todo, debe reservar ciertos datos.

b) Cuando se vea perjudicado por mantener el secreto.

c) Cuando por su silencio cause perjuicio al paciente.

d) En enfermedades de declaración obligatoria.”

. Art. 19.- “Los sistemas de informatización médica no comprometerán el derecho del paciente a la intimidad.”

. Art. 20.- “Cuando un médico cesa en su trabajo, su archivo será transferido al colega que le suceda, salvo que los pacientes manifiesten su voluntad en contra.

Quando no haya sucesión, el archivo se destruirá.”

- Art. 10.3, Ley General de Sanidad: “El paciente tiene derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas, que colaboren con el sistema público.”

- La Ley Orgánica de Protección Civil al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen (5 de mayo de 1.982) dice: “La revelación de datos privados de una persona o familia, conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revele, es una intromisión ilegítima.”

- Art. 199.2 del Código Penal: “El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con pena de prisión e inhabilitación especial para esa profesión.”

V.- EL DERECHO COMUNITARIO Y LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

Por si todo el confuso panorama que acabo de exponer no fuese suficientemente problemático, muy modernamente aparecen en escena estas dos clases de normativas que aumentan la incertidumbre en un futuro próximo.

A. La existencia de la Comunidad Europea puso de manifiesto cómo la consolidación de principios comunes de la organización político social son factores que favorecen la configuración de un espacio jurídico-cultural homogéneo, que engendra la necesidad de un cuerpo normativo común, que se extienda, como telón de fondo, por los ordenamientos nacionales, para dar cohesión al sistema supranacional a instaurar.

Este cuerpo normativo no está sólo constituido por las leyes fundadoras de la Comunidad, sino también por el derecho emanado del funcionamiento de las instituciones comunitarias, entre las que destacan las Directivas, que obligan al Estado destinatario en cuanto al resultado que se quiere conseguir, aún cuando deje a las autoridades nacionales la elección de los modos y formas de hacerlo. Asimismo existen los Reglamentos, directamente aplicables por jueces nacionales, las Decisiones, obligatorias para sus destinatarios y las Recomendaciones y Dictámenes, que aunque no son vinculantes, marcan pautas de proceder.

El hecho de estar integrada España en la CEE hace que las Directivas que allí se dicten pueden informar el futuro Derecho español en esta materia. Y digo “puede”, por cuanto la Propuesta de Directiva Comunitaria sobre la Responsabilidad del Prestador de Servicios de 18 de enero de 1991, fue retirada antes de su discusión y votación, con lo que aunque no hay hoy norma Comunitaria sobre esta materia, es indudable que aquella Propuesta puede marcar una tendencia, ya que parece que la causa de tal retirada fue que la Comisión prefirió, en lugar de un texto general regulador de la responsabilidad de todo el sector de servicios, la redacción de dos propuestas de Directivas de carácter específico, una para el sector médico y paramédico y otra para el de la construcción.

El artículo 1º de esa Propuesta de Directiva decía:

1.- *El prestador de servicios será responsable del daño causado por su culpa, en el marco de la prestación del servicio, a la salud y a la integridad fisi-*

ca de las personas o a la integridad de los bienes muebles e inmuebles, incluidos los que sean objeto de la prestación.

2.- La carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicios.

3.- Para apreciar la culpa, debe tenerse en cuenta el comportamiento del prestador de servicios, quien garantizará, en condiciones normales y razonablemente previsibles, la seguridad que cabe esperar legítimamente.

4.- La mera existencia o posibilidad de un servicio más perfeccionado, en el momento de la prestación o posteriormente, no constituirá de por sí culpa.

Este proyecto de normativa Comunitaria ha provocado muy diversas opiniones doctrinales, pero de una serena lectura del mismo se deduce que no se pretendía variar el régimen subjetivo de responsabilidad fundamentado en la culpa del prestador de servicios, por lo que en los supuestos de responsabilidad médica los efectos prácticos de la aplicación del artículo 1º de esa Propuesta de Directiva, seguirían siendo los mismos que, en general, se vienen aplicando en la CEE, pues no puede olvidarse que en lo que es la Europa actual influyó el Derecho Común romano que siempre fundamentó en la culpa la responsabilidad.

B. Como decía, la segunda normativa que empieza a plantear dudas en la legislación española es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en su capítulo 8º (artículos 25 a 28), establece los sistemas de responsabilidad en favor de consumidores y usuarios, que sufran daño con ocasión del consumo y utilización de bienes y servicios, en los que parece querer instaurar el principio de la responsabilidad objetiva, aunque, después, la propia Ley se contradice, ya que lo que hace es invertir la carga de la prueba, por lo que no sabemos realmente si el régimen de la responsabilidad sigue siendo subjetivo aunque atenuado.

Las dudas aumentan, por cuanto también parece que esa Ley revierte todo su contenido hacia la estructuración de un sistema de protección adecuado para los consumidores de bienes y productos, pero no para los usuarios de servicios y, mucho menos, para los servicios médicos, que son, como hemos visto, una simple obligación de medios, regida por su propia *lex artis ad hoc*, que necesariamente presupone culpa.

VI.- JURISDICCIÓN COMPETENTE.

Aún cuando tengo entendido que el tema de la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad médica ya fue abordado en esta Jornadas , yo

voy a hacer una referencia brevísima al mismo, pues al hablarlos del deber y del derecho a ser indemnizado por los daños causados en el ejercicio de la profesión médica no puedo olvidar ante quien eso se dilucida, ya que un derecho que no tenga claro amparo judicial no es un verdadero derecho.

Hay en esta materia verdadera confusión y una gran pugna entre diversos Tribunales para atraer la competencia.

Las cuatro jurisdicciones existentes en España, la civil, penal, contencioso-administrativa y laboral, han venido conociendo de daños causados en la asistencia sanitaria.

La única que tiene clara su competencia es la penal, cuando se persigue una responsabilidad penal del médico, a la que va inherente la responsabilidad civil derivada del delito, salvo que haya sido expresamente reservada por el reclamante.

También parece clara la competencia de la jurisdicción civil si la relación paciente-médico u hospital es privada. Pero la discusión surge cuando el daño al enfermo se ha producido dentro de la asistencia sanitaria en una institución pública estatal o autonómica.

Unas someras notas sobre la evolución histórica pueden darnos una interesante perspectiva.

Hasta la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, el Estado no respondía directamente de los daños causados a los particulares como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, estableció la competencia de esta jurisdicción para el conocimiento de las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Pero la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 16 de julio de 1957, limitó la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a aquellos supuestos en que la Administración actuaba en relaciones de Derecho público y, además, la lesión se causaba por un acto administrativo, declarando a la civil como competente en los supuestos en que la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado. Aún cuando con este esquema competencial la jurisdicción civil siguió manteniendo su competencia cuando eran demandados simultáneamente el profesional y la Institución Sanitaria pública.

La cosa se complicó cuando la Jurisdicción Laboral, con base en su propia normativa, reclamó su competencia en las cuestiones de Seguridad Social, por entender que las consecuencias de una prestación asistencial sanitaria deficiente encajaba en el desarrollo de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social

Así asistimos al triste espectáculo de que tres jurisdicciones diferentes se declaran competentes para conocer de reclamaciones patrimoniales frente al INSALUD que ni la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo supo resolver, por seguir una línea vacilante, cuando no contradictoria.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 (Ley 30/92), en su artículo 142-6 dijo que *“la resolución administrativa de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación pública o privada del que derive, pone fin a la vía administrativa”*, con lo que parece que se vuelve a la competencia única de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aunque la ley no lo dijera expresamente y de forma tajante, como la confusión existente exigía, cosa que sí se hace en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (¿dónde queda la jerarquía normativa?) que desarrolla la Ley 30/92 en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando en su disposición adicional primera dice *“de conformidad con lo establecido en los artículos 22 y 139 a 144 y concordantes de Ley 30/92, la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha Ley y en el presente Reglamento”*.

Los autos de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994 y 22 de diciembre de 1995, recogen esta doctrina.

Pero es lo cierto que un sector muy importante de la doctrina científica niega esta competencia, diciendo que la responsabilidad extracontractual de los médicos tiene muy difícil encaje en esa jurisdicción, a la que sólo se le reconoce competencia para los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración, en los que es intrascendente la negligencia o descuido del médico argumentándose que, cuando se trata del acto médico, previamente hay que resolver si el daño se produjo por causas naturales del organismo del propio enfermo o por una conducta negligente del médico para decidir si debe indemnizarse o no.

Incluso se llega a decir, y no me parece muy descaminado, que la actuación del personal médico, aunque esté al servicio de la Administración como sometido a la *lex artis*, queda fuera del funcionamiento de los servicios públicos por no ser propiamente una actuación administrativa, por lo que esa responsabilidad médica no puede ser objetiva como el resto del actuar administrativo.

Recordar aquí lo recogido más arriba en esta ponencia al citar la sentencia del Tribunal Supremo, de Sala de lo Civil de 18 de febrero de 1997, aun cuando

el hecho enjuiciado era anterior al reglamento citado, con expresa cita de este reglamento dice:

“TERCERO.- ... (Son de aplicación) los artículos 9.4 de la LOPJ y 3, b) LJCA que reservan a la jurisdicción contencioso-administrativa el exclusivo conocimiento de las reclamaciones frente a la Administración por responsabilidad patrimonial derivada del defectuoso funcionamiento de los servicios públicos, doctrina general aplicada por el artículo 293.2 LOPJ al supuesto de error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y por la Disp. Adic. 1ª del RD 26 de marzo de 1.993 a los daños y perjuicios causados con ocasión de la asistencia sanitaria. (...) Mas como sostuvo el órgano jurisdiccional “a quo”, sin que se desconozcan las tesis contradictorias, de carácter doctrinal, habidas acerca del idóneo cauce jurisdiccional, ni los criterios, a veces, encontrados entre la jurisprudencia de las diferentes Salas de este Tribunal, sobre la cuestión en estudio exige una jurisprudencia reiterada y constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo (cita varias sentencias), según la cual cuando las entidades gestoras de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, bien sea el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), bien las que han venido a sucederle en las Comunidades Autónomas a las que se ha transferido la competencia en la materia -así, en Cataluña el Institut Català de la Salut- realizan actuaciones de atención médico-sanitaria respecto a los particulares no lo hacen en el marco de una relación jurídico-pública, pues ni se hallan dotadas 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 lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, según el cual cuando el estado actúe en relaciones de Derecho privado responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. (...)

CUARTO.- En efecto, esta Sala toma en cuenta que los hechos, base de la pretensión ocurrieron bajo el amparo de la LPA anterior a la actual y bajo la “perpetuatio iurisdictionis” originada por sus normas, e interpretación judicial consiguiente, ya que la demanda se presentó con fecha 27 de junio de 1.990, de manera que como se ha resuelto en casos análogos, la jurisdicción civil resulta competente para conocer del asunto. Mantiene, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1.995, que resulta innegable que la actuación de la entidad pública demandada-recorrida, aunque se facilitase en virtud de una obligación

legal, no acaeció dentro del ámbito de sus facultades soberanas, como parte de la Administración pública, sino como entidad privada para proceder a la asistencia de un enfermo que había sido ingresado para su curación, y, por tanto, el caso de autos no encaja dentro de las propias relaciones de Derecho público, sino en el previsto en el artículo 41 de la Ley de Régimen de la Administración del Estado, es decir, cuando actúa en relaciones de derecho privado, supuesto en el que responderá ante los Tribunales ordinarios por los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, por más que se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración, e incardinándose todo ello en el ordenamiento civil, a los efectos de la reclamación de la oportuna indemnización. En esta línea se encuentran ... (cita varias sentencias), y aunque las mismas recayeron en supuestos de culpa extracontractual, su doctrina es aplicable a todo género de culpa o negligencia, máxime, cuando lo dispuesto en el artículo 1903, apartado quinto, del Código Civil, debe entenderse completado por el artículo 40.1 de la Ley anteriormente citada que permite exigir responsabilidad al Estado. o entidades públicas, por toda lesión que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, norma la expresada que figura consagrada en el artículo 106.2 de la Constitución.”

BIBLIOGRAFÍA.

- . “La responsabilidad civil médico-sanitaria” de Luis Martínez Calcerrada y Gómez. Ed. Tecnos. 1.992
- . “La responsabilidad penal del médico y del sanitario” de José Manuel Martínez Pereda Rodríguez. Ed.. Colex. 1.994.
- . “El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica” de Calixto Díaz Repañón García Alvala”. Ed. Aranzadi. 1.996.
- . “ Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica” de Manuel García Blázquez y Juan J. Molinos Cobo. Ed. Comares. 1.997.
- . “Sistema de responsabilidad médica” de José Manuel Fernández Hierro. Ed. Comares. 1.997.
- . “La responsabilidad civil del médico” de De la Quintana Fergusón.
- . “ Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico” de Jordano Fraga, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. 1.985.