

**CONDICIONANTES ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD  
CIVIL DEL MÉDICO.  
PROPUESTAS PARA UNA REFORMA DEL SISTEMA.**

Eugenio Moure González.  
Abogado.

**1-. INTRODUCCIÓN.**

Una de las notas más llamativas del panorama judicial en los últimos años ha sido la creciente litigiosidad que se ha venido produciendo en materia de responsabilidad por daños acaecidos en el ínterin de un tratamiento médico<sup>1</sup>, situación que ha provocado una justificada reacción por parte de la clase médica, pues esta coyuntura lejos de afectar solamente a aquellos profesionales de la medicina contra quienes se dirige una reclamación en ese sentido, sus efectos se proyectan en la generalidad de un colectivo que observa atónito cómo se puede llegar a distorsionar el pacífico ejercicio de su quehacer profesional, al sentirse permanentemente bajo la lupa fiscalizadora de terceros ajenos a su actividad, y no sólo en cuanto a las consecuencias anómalas que pueden llegar a producirse mediado su ejercicio facultativo, sino también en lo referente a sus propios métodos de trabajo<sup>2</sup>. Esas interferencias, magnificadas por el protagonismo que han acaparado determinados procedimientos judiciales, han supuesto el advenimiento de lo que se ha venido en denominar la “medicina defensiva”, fenómeno que no sólo pro-

---

<sup>1</sup> Baste decir que más de 300 médicos se sentaron en el banquillo de los acusados en 1992, mientras que en la anualidad anterior fueron poco más de 200. La posibilidad de ser demandado es de dos médicos por mil, según señalaba para 1997 la memoria de los servicios de responsabilidad profesional del Consejo de los Colegios de Médicos de Barcelona.

<sup>2</sup> Ante esta situación es normal que la corriente expansiva de la responsabilidad médica constituya uno de los temas recurrentes entre este colectivo, materia que a su vez se ha erigido en la vertebración fundamental del Derecho Sanitario.

<sup>3</sup> La reacción ante esta coyuntura es lo que se ha venido en denominar “medicina defensiva”, fenómeno que supone que el médico “presa del miedo e indefenso, no practique experiencias que las

picia el aumento de los gastos médicos, sino la distorsión en la relación médico-paciente, consecuencia de un recelo mutuo que entorpece la agilidad y suficiencia del sistema sanitario e incluso el propio fin de la ciencia médica.

Sin duda alguna el estigma que la clase médica soporta en los tiempos que corren, es producto del hecho de ser portadores de una ciencia que no es exacta, y donde el daño corporal es la causa de su intervención y no la consecuencia de la misma. El médico actúa porque el paciente acude a él por motivo de una concreta patología, y en la mayoría de los casos carece de los medios que puedan poner fin “ipso facto” a ese mal que le aqueja; en otras ocasiones incluso la propia ciencia no ha encontrado el remedio que pueda augurar la completa curación del enfermo. En la gran mayoría de las terapias ha de escogerse entre varios procedimientos o técnicas, que suponen diversas consecuencias según la muy diversa naturaleza del enfermo (física y psico-somática) y la propia dinámica -en ocasiones impredecible- de la enfermedad. Esa aleatoriedad que preside el actuar del médico, antaño era respetada en la medida de la sacralización que revestía su figura a modo de áurea de infalibilidad: el médico no fallaba, era la enfermedad la que vencía la naturaleza del enfermo.

Los logros que alcanzó la sociedad de la segunda mitad de este siglo han tenido su más espectacular y provechoso refrendo en la medicina, con dos efectos diversos pero complementarios: primero, la investigación en este campo ha posibilitado el descubrimiento de nuevas técnicas sanitarias, instrumentales médicos y productos farmacéuticos que suponen la superación de enfermedades que tan sólo cien o cincuenta años atrás abocaban al enfermo a una muerte segura; segundo, la eclosión a partir de los años cincuenta de la llamada sociedad del bienestar ha permitido alcanzar la universalización de la prestación sanitaria amparada por el Estado<sup>4</sup>. Esos dos factores han supuesto para el sentir general la creencia de que la medicina se ha convertido en una ciencia exacta, en la medida en que la enfermedad puede llegar a ser vencida desde el momento en que vivimos en una sociedad tan tecnificada que aquélla se configura como un lapsus temporal dentro de la comodidad que representa una existencia favorecida por los continuos avances en

---

novedades científicas y técnicas ponen a su alcance; que huya, como empieza a ocurrir en otros países, de las especialidades con mayor riesgo; que se exceda en pruebas y diagnósticos que hacen todavía más lenta la medicina, incidiendo, quizá, en las tan famosas como penosas listas de espera; que no hagan intervenciones que conlleven algún riesgo, aunque sea menor”. *LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DEL MÉDICO*, Fornes, José, *Fundación ciencias de la salud, Madrid, 1994*.

<sup>4</sup> Téngase en cuenta que sólo a partir de la Ley de 14-12-1942 que introdujo en España el seguro obligatorio de sanidad, se pasó de una sanidad enfocada exclusivamente a la prevención colectiva a un sistema prestacional financiado con aportaciones mixtas, con lo que se comienza a garantizar la asistencia sanitaria pública fuera de los casos que hasta entonces habían estado reservados a los considerados pobres.

este terreno del saber humano, creencia que se convierte en exigencia individual al expandirse la conciencia social de que la protección de la salud es un derecho absoluto que encierra no solo una garantía de servicio, sino de también de resultado. El enfermo pasa de ser denominado paciente a considerarse usuario de un servicio público, lo que le legitima para reclamar en todo caso la adecuada resolución de su proceso curativo, situación que propende a confundir la correcta disposición de una serie de medios técnicos y humanos con la efectividad de los mismos, algo que en la ciencia médica resulta ilusorio.

En medio de ese cambio cultural, el médico de hoy, a pesar de disponer de unos medios de trabajo mucho más desarrollados, empero ostenta un status profesional menor que el que sus predecesores gozaban apenas medio siglo atrás, paradoja que tiene su explicación: la progresiva universalización de la prestación sanitaria se dispuso en la España de los años 60 a través de grandes hospitales, de forma que en edificios con capacidad para varios cientos de camas llegan a prestar su ejercicio profesional otro tanto de facultativos y sanitarios, repartidos en unidades de especialización y urgencias. De la consulta particular, la pequeña clínica privada o los hospitales de beneficencia de la primera mitad de siglo, se pasó en el tiempo de apenas una generación a un escenario magnificado, pero muchas veces incluso insuficiente para atender el flujo de enfermos que el aumento de la población y sobre todo la universalización de la prestación suponían. Ese cambio cuantitativo en su faceta negativa implica una masificación del ejercicio de la medicina, que como inevitable efecto conlleva una despersonalización de la relación médico-paciente, con lo que se distorsiona la confianza que ha de cimentar cualquier relación humana, en especial si están en juego intereses tan elevados como la salud.

El usuario de los servicios médicos, por otro lado, se sabe tributario de una serie de derechos, pues de sus ganancias se detrae periódicamente la cuota que garantiza su acceso a la prestación sanitaria, y con el pago de sus impuestos contribuye a la suficiencia y mantenimiento del sistema, situación que propicia una expectativa que va más allá de la propia asistencia en sí misma considerada, en modo tal que alcanza al propio éxito final del tratamiento que recibe. En la misma medida, determinados proyectos políticos, en ocasiones planteados con fines electoralistas, crean en la opinión pública de los últimos veinte años la sensación de que se estaba construyendo una sociedad ideal donde la disposición de medios materiales y humanos garantizaba una calidad de vida, que se extiende no sólo al bienestar plural sino también al individual. La enfermedad se configura así como un mal evitable y, por ello, superable gracias a la proyección intelectual que propicia este planteamiento.

Por todo lo expuesto, cuando el mal se produce, cuando la enfermedad vence a la naturaleza humana, se produce una disgresión en la idea alcanzada al

respecto, con lo que inmediatamente se busca un responsable. Si la ciencia médica llega a un nivel tan avanzado que garantiza en un plano teórico la salud, lo que ha fallado es el nexo de unión entre ese saber infalible y el enfermo: el médico. Si antaño el facultativo se limitaba a poner los medios para la curación, dejando ésta en manos de la naturaleza (cuando no de la providencia) ahora se le exige una garantía de buen resultado, de modo que si no se alcanza, el dedo inquisidor se va a dirigir contra él. Esto es lo que en definitiva viene sucediendo en los últimos diez años, propiciado también por la eclosión con anterioridad del mismo fenómeno en otros países, mezclado –no siempre– con cierto afán de lucro, al saberse que la cobertura económica del profesional médico queda garantizada sino con su patrimonio personal, con el de su empleador o la compañía de seguros que en la mayoría de los casos le respalda<sup>5</sup>.

El fenómeno descrito, al margen de su planteamiento teórico, tiene unas consecuencias que repercuten en muchas direcciones, de forma que el médico es la primera piedra de una columna que amenaza con desplomarse, pues por debajo de él se encuentra la calidad de un servicio social, la rentabilidad del sector asegurador y, en definitiva, todo el entramado que rodea la judicialización del actuar médico. Ante esa coyuntura, la idea del presente trabajo va orientada a construir una propuesta de reforma del sistema de responsabilidad civil del médico en concretos aspectos, entendida no con el ánimo de salvaguardar su actuar imprudente, sino en la medida de favorecer una prestación sanitaria con menos recelos y miedos, de forma que aquellos posibles casos de negligencia médica se resuelvan sin interferir la prestación médica y, con ella, el proceso sanitario de otros enfermos, y tanto el supuesto perjudicado como el médico afectado no se vean expuestos a los condicionantes actuales de un sistema con evidentes desequilibrios, tal como a continuación paso a exponer.

## **2-. RELACIONES QUE PROVOCA EL ACTO MÉDICO.**

### ***2.1-. Relación médico-paciente***

Antes de entrar a estudiar las consecuencias derivadas de una mala práctica médica, que constituyen en definitiva el motivo inspirador de este trabajo, es preciso analizar con carácter previo las obligaciones a que se compromete el

---

<sup>5</sup> En Estados Unidos se calcula en más 200.000 millones de dólares el coste de los errores médicos, situación que ha disparado la provisión de primas de seguros, y que incluso ha supuesto para algunos profesionales el cambio de especialidad médica para evitar los efectos de la continua litigiosidad que soportaban. En Argentina uno de cada diez médicos ha sido llevado a los Tribunales, fenómeno que se ha venido en denominar “la nueva industria del Juicio por mala praxis”.

médico en su actuar profesional, pues la responsabilidad surge cuando resulta contrariado alguno de los imperativos de índole legal o contractual que dan contenido a esa relación, y dicha contravención es causa a su vez de un daño que el perjudicado no estaba obligado a soportar, bien porque no se le plantearon los posibles riesgos, bien porque en su causación no intervino activa u omisivamente o, en definitiva, porque no estemos ante un supuesto de fuerza mayor.

La relación médico-paciente carece de regulación específica en nuestro Código Civil, por lo que esa laguna legal ha dado pie a que hayan sido varias las teorías que han intentado catalogar la prestación en que consiste, mediante su aproximación a alguno de los contratos típicos de nuestro ordenamiento civil. Las posiciones doctrinales existentes al respecto han sido varias, pero hoy por hoy, superada ya la configuración como mandato<sup>6</sup> se puede entender esta relación de dos formas según el tipo de acto médico desplegado:

1-) Contrato de arrendamientos de servicios: la asimilación del contrato médico a las reglas del arrendamiento de servicios supone la tendencia unánime actualmente existente en la doctrina<sup>7</sup> y la jurisprudencia<sup>8</sup>, dado que su objeto consiste precisamente en una prestación de servicios (médicos) que se concretan en la capacidad intelectual y técnica de diagnosticar y tratar la enfermedad con el fin de procurar la salud del enfermo.

2-) Contrato de arrendamiento de obra: en nuestro Derecho sólo excepcionalmente se ha considerado el contrato médico-paciente como de obra, en la medida en que la obligación de resultado que caracteriza a este último no es asimilable a la mayoría de las actividades que desarrolla el médico sobre el paciente,

---

<sup>6</sup> Dos son las razones que se arguyen para evitar el encasillamiento de la prestación médica como un mandato: primero, porque el art. 1.709 del CC. constituye a esta figura con un objeto concretado en actos jurídicos (hipotecar, enajenar, contratar, etc.) y no en actos materiales que es lo que en definitiva da sentido a la prestación médica; y segundo, por la incongruencia que supondría la aplicación del art. 1.719 que establece la obligación para el mandatario (en este caso sería el médico) de seguir las instrucciones del mandante (que es el paciente).

<sup>7</sup> Tal como señala Fernández Costales (“El contrato de servicios médicos”, Madrid, 1988, pp. 43-44) “no es un resultado a lograr por medio de una actividad lo que constituye el objeto primordial de este contrato, sino una actuación a través de una serie ordenada de servicios que de dichos profesionales se obligan a prestar a cambio de una remuneración percibida en forma de honorarios y, por supuesto, conservando aquéllos una absoluta independencia”.

<sup>8</sup> Así lo ha considerado en múltiples pronunciamientos el Tribunal Supremo, de la que puede servir de ejemplo –y explicación– la sentencia de su Sala 1ª de fecha 18 de Enero de 1941 cuando justifica que “el molde amplísimo del contrato de prestación o arrendamiento de servicios cobija, sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes como los médicos, ejercen las llamadas profesiones liberales”.

pues su obligación consiste en desplegar una actividad dirigida a un fin (la salud) pero sin comprometerse a alcanzar ese resultado<sup>9</sup>.

La diferencia condiciona un diverso contenido obligacional, en la medida en que en el arrendamiento de obra el compromiso se dirige a un hacer que ha de concretarse en el resultado pactado, mientras que en el de servicios la obligación resultante es de medios o de diligencia en la actividad desplegada, pero sin que la frustración del fin implique, en absoluto, la ineficacia del contrato, salvo que fuese debido a la falta de la diligencia exigible

Evidentemente, la asistencia médica no siempre se presta a través de vínculos contractuales directos entre el facultativo y el paciente, pues de hecho, la gran mayoría de los actos médicos que se llevan a cabo en nuestro país vienen siendo realizados con ocasión de la asistencia sanitaria que garantiza la acción protectora de la Seguridad Social y, en menor medida, determinados seguros privados. Esto supone que, en puridad, no se puede hablar de contrato entre el médico y el paciente, pues la razón de ser de su relación no surge de un pacto entre ambos, sino de una relación tripartita: por un lado está la que vincula al INSS o a una aseguradora privada con su propio mutualista o asegurado, por otro la que media entre el médico y las anteriores entidades, y finalmente, podría hablarse de una tercera relación, a camino entre lo contractual y lo extracontractual, que vincula al médico con el paciente.

Es preciso señalar que esta tercera relación se considera por la doctrina mayoritaria como extracontractual, en la medida en que no puede hablarse de que exista contrato formal entre el médico y el paciente, pues la intervención de aquél no nace de un pacto bilateral, sino de relaciones indirectas como han quedado definidas. Sin embargo, tampoco debemos obviar que el contenido obligacional del contrato de arrendamiento de servicios, aun cuando la fuente de la obligación no derive de una orden directa del paciente, sino del deber genérico de diligencia que al médico le obliga, está presente en este tipo de relaciones. Es más, en el "iter" de la relación médico-paciente van a confluir todas las notas caracterizadoras de un

---

<sup>9</sup> Situaciones excepcionales se producirán, por ejemplo, en los casos de colocación de aparatos ortopédicos, en la cirugía estética o reparadora, en las transfusiones sanguíneas o en la prótesis dental. En estos supuestos más que la asimilación total de la prestación médica con el contrato de obra, la jurisprudencia lo que lleva a cabo es una aproximación desde la figura del arrendamiento de servicios al de obra, de modo que sin perder la base fundamental que viene constituido por el primero, sí entiendo que se dan elementos caracterizadores del segundo, lo que revierte en una mayor vinculación para el médico en cuanto al resultado pretendido. De esta forma viene siendo calificada por la Jurisprudencia en innumerables pronunciamientos (SSTS. 16 Abr. 1991, 25 Abr. 1994 y 11 Feb. 1997, entre las más recientes) la denominada medicina voluntaria, esto es, aquella en la que el interesado acude al médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético.

contrato de esta naturaleza, lo que se traduce en la inexistencia de diferencias entre la obligación contractual y la legal, pues la prestación, también en este segundo caso, se lleva a cabo con consentimiento del paciente (teniendo plena virtualidad la oposición de éste), causa y objeto, y su contenido para el médico será el mismo, apreciándose como única diferencia, que el precio en que consiste la onerosidad natural del contrato no se abona por el paciente al médico, pues la retribución para éste nace de su relación con la entidad gestora o una aseguradora privada.

## **2.2.- Relación médico-institución sanitaria**

El acto médico puede prestarse a través de muy diversas situaciones, pero resulta innegable la cada vez mayor proliferación de sociedades empresariales dedicadas a la prestación de servicios sanitarios, lo que no impide que todavía existan numerosos profesionales que disponen de consulta privada donde ejercen la medicina como profesionales independientes. Sin embargo, cuando de actos quirúrgicos se trata, salvo casos de cirugía menor (puntos de sutura, extracción de piezas dentales, ...) lo habitual es la intervención de hospitales constituidos como personas jurídicas bajo muy diversas formas (sociedades mercantiles, civiles o fundaciones), lo cual no deja de ser producto sólo de la evolución de la medicina, sino también de la dimensión que han tomado las organizaciones sanitarias por influjo de la economía. En esos casos, la responsabilidad por mala praxis puede extenderse del médico que actuó negligentemente al centro en el cual se verificó la prestación, pero ello desde una fundamentación distinta según cual sea la relación del médico con el centro médico; y para calificar esa relación lo fundamental será verificar previamente la existencia de una relación de dependencia entre el médico y el hospital.

El facultativo cuando presta sus servicios al paciente dentro de una clínica u hospital, puede hacerlo, bien en razón de una relación de dependencia con la dirección de dicho centro<sup>10</sup>, o bien motivado por otro vínculo que deja a salvo su independencia, esto es, sin mediar subordinación de ningún tipo<sup>11</sup>. Lo primero pre-

<sup>10</sup> Como indica Barcelo Domenech en su obra "La Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes", p. 215, Madrid, 1995, "lo que hoy se postula es la dependencia jurídica, entendida no ya como la necesaria sujeción a las órdenes técnicas, y menos aún como la subordinación económica del trabajador, sino como manifestación del aspecto pasivo de los poderes del empresario (poder de dirección y disciplinario)".

<sup>11</sup> Con relación a la actividad médica, destaca Gitrana González en su trabajo sobre "La configuración jurídica de los servicios médicos", en "Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Prof. Ignacio Serrano y Serrano", que "si consideramos como notas fundamentales del trabajo objeto de su nombre y del Derecho Laboral las de actividad, personalidad, contractualidad, alteridad y subordinación, no hay duda de que en la actuación profesional médica en el ejercicio libre de la medicina ante el enfermo, cuadra la actividad, la personalidad, la contractualidad y la alteridad (pues se verifica por y para el enfermo y por cuenta suya), pero no parece convenir la otra, porque el médico libre no trabaja bajo dirección ajena, ni en condiciones de dependencia y subordinación".

supone la existencia de un contrato de trabajo o vínculo similar, y lo segundo dos contratos, uno de servicios médicos entre facultativo y paciente y otro, de contenido diverso, pero que puede denominarse de colaboración, entre la clínica y el propio médico. Este segundo contrato frente al de trabajo o similar, se diferencia en que resulta ajeno a cualquier tipo de relación jerárquica, de subordinación o dependencia, manteniendo el facultativo su autonomía frente al centro médico, esto es, sin someterse a su control, vigilancia o dirección<sup>12</sup>. Esta dualidad tiene, como veremos a continuación, importantes consecuencias a la hora de distribuir la carga indemnizatoria que conlleva una negligencia médica.

### **3-. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL VIGENTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO.**

#### **3.1-. Responsabilidad civil “ex delicto”**

Producto de una discordancia histórica<sup>13</sup> (frecuente efecto de nuestro legislador) el régimen de responsabilidad civil vigente en el ordenamiento español es doble. Por un lado el Código Penal de 1995 mantiene el diseño de su predecesor, al permitir que, junto con la acción penal, el perjudicado que formula denuncia o interpone querrela pueda ejercitar la acción civil para el pleno resarcimiento de los efectos nocivos que la falta o el delito hayan producido en su persona o patrimonio. Por otro lado, el Código Civil, regula con independencia de la norma penal, la responsabilidad civil extracontractual en los términos en que se pronuncian los arts. 1.902 y ss. de dicho texto legal.

La posibilidad del ejercicio de la acción civil en el procedimiento penal ha tenido defensores a ultranza, los cuales esencialmente fundamentan esa dicotomía

---

<sup>12</sup> La dependencia, de existir, se manifiesta en el sometimiento a un horario, en la atención controlada a los pacientes, etc., pero existe un ámbito de actuación que escapa del control empresarial y que corresponde, precisamente, al momento en que el médico aplica sus conocimientos sobre el paciente. El problema radica en determinar si la responsabilidad del empresario puede surgir en esa esfera de la actuación técnica no controlable por él. Yzquierdo Losada, recogiendo un sentir mayoritario de la doctrina, en su Comentario a la STS (Sala 1ª) de 22-2-1991, CCJC nº. 26, pp. 397-398, se pronuncia claramente a favor, aun en el caso de que el daño sea debido a un comportamiento puramente técnico, en base a la tácita aceptación del riesgo global de su actuación.

<sup>13</sup> El legislador penal de 1822 creyó conveniente introducir en el articulado del Código Penal algunas normas que regularan la responsabilidad civil derivada del delito, puesto que en esa época no existía todavía un Código civil. Ello explica que la responsabilidad civil por daños derivados de delitos o faltas se contemplara en textos legales penales, en lugar de regular toda la responsabilidad civil en el Código Civil, como ocurre en casi todas las legislaciones europeas.



en base a criterios de mayor y más rápida protección de la víctima<sup>14</sup>. De todos modos, han sido varios los intentos en esta materia dirigidos a evitar esta duplicidad de acciones, en la idea de su ejercicio en un único procedimiento<sup>15</sup>, en tanto la situación actual supone como consecuencia poco deseable, una ingente carga de trabajo para los juzgados de esta jurisdicción que termina distorsionado su fin esencial en cuanto a la agilidad que se predica de la misma<sup>16</sup>.

Esta dualidad normativa supone algo más que una ventaja procesal para el perjudicado, pues los requisitos de las acciones en ambos casos se hayan esencialmente condicionados por la dispar naturaleza de ambas jurisdicciones. La consideración de “ultima ratio” del orden penal, el principio de presunción de inocencia, y el correctivo que en materia de valoración probatoria impone la máxima “in dubio pro reo” conforman un régimen de responsabilidad diferenciado. El hecho de que la intervención de la jurisdicción penal se reserve para aquellas conductas que de acuerdo con los valores o conductas imperantes en cada momento el legislador los considere, respectivamente, dignos de protección o de reprochabilidad desde la perspectiva penal, implica que sólo determinados comportamientos sean enjuiciados en este orden jurisdiccional. Sin embargo, esa previsión se halla desbordada por el frecuente uso de la vía penal para reclamaciones esencialmente económicas, con lo cual se relativiza la importante frontera entre el ilícito civil y el penal, situación provocada por su ambigüedad conceptual y por el deseo de amparar la indemnidad del perjudicado.

<sup>14</sup> Ruíz Vadillo aplaude la situación actual cuando afirma que “el sistema procesal español en virtud del cual en el proceso penal se entablan conjuntamente las acciones penales y civiles derivadas del hecho punible sólo plácemes recibe y merece” (“La responsabilidad civil derivada del delito”, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, p.63)

<sup>15</sup> Lacruz Berdejo critica esta “innecesaria dualidad” del Derecho español en la regulación civil. Según este autor “la evidente diferencia entre el acto ilícito penal y el civil no se extiende a la cuestión de la indemnización de los daños causados por uno u otro, que obedece a unos mismos principios y, por lo tanto, debería gobernarse por unas mismas reglas. La culpa civil no constituye una fuente de responsabilidad distinta y aislada de la penal. La diferencia entre ambas, muy clara en el ámbito de la sanción, no se extiende al de la reparación, en la cual la identidad es, teóricamente total”. *ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL*, t. II, vol., 1<sup>o</sup>, p. 197. Ed. Boch.

<sup>16</sup> Es el parecer de Alberto M. López que en artículo publicado en el diario “La Ley” de 28-10-1997 (“Sobre la responsabilidad civil “ex delicto” y el responsable civil subsidiario”), al manifestar que “es cierto que el sistema actual de acumulación de la acción civil con la penal protege más al ciudadano, especialmente al más desfavorecido económicamente, a quien el Estado procura ahorrar en lo posible, los inconvenientes, molestias y gastos que el proceso civil trae consigo. Pero es este mismo sistema el que favorece que la jurisdicción penal se vea frecuentemente utilizada, ahora por los más acomodados, como simple arma coactiva para forzar a aquéllos contra los que deduce una querrela criminal al cumplimiento de lo que sólo son sus intereses económicos particulares (de ahí las frecuentes negociaciones previas que en no pocas ocasiones terminan con la retirada de la acusación particular cuando ya ha conseguido su propósito)” (...) “Me parece a mí que los Jueces de lo Penal ya tienen bastante con resolver todas las dificultades que entraña la cuestión jurídico-penal que se les somete, como para añadirles otras distintas civiles”.

El Código Penal en el art. 109 establece la obligación, para el sujeto activo del delito o la falta, de reparar los daños irrogados al perjudicado como consecuencia de la acción penada cometida, estableciendo en los arts. 120 y 121 la extensión de esa obligación indemnizatoria a las personas naturales o jurídicas por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados en el desempeño de sus obligaciones (art. 120.4º) y a las Administraciones Públicas por los delitos cometidos por las autoridades, agentes o contratados en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 121). Esa responsabilidad diferida es de carácter subsidiario, esto es, sólo actúa ante la ineficacia de aquélla que corresponde al autor del hecho punible.

### 3.2-. Responsabilidad civil “strictu sensu”

Por el contrario, el sistema de responsabilidad civil extracontractual se haya presidido por el deber genérico de convivencia de no causar daño a nadie (“alterum non laedere”), exigiéndose, para condenar a una persona a que indemnice el daño que causa a otra, que se cumplan cuatro requisitos: una acción u omisión antijurídica, la existencia de culpa o negligencia, un daño efectivamente causado y una relación de causalidad entre ese efecto (el daño) y la acción u omisión que lo produce. Este esquema clásico se complementa con la carga de la prueba que predica el art. 1.214 del C.C., en la medida de que quien afirma algo tiene el deber de probarlo.

Pero, sin duda alguna, si una materia se ha considerado como expuesta a una mutación de los criterios que la definen legalmente, es aquélla referida al tema de la responsabilidad civil. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, desde una renombrada sentencia de 1943, ha venido sometiendo esta materia a una progresiva reinterpretación<sup>17</sup>, producto de un acontecer social cambiante, bajo la premisa de proteger a la parte débil de esta relación —el perjudicado— de modo que, partiendo de esquemas propios del orden laboral, se ha llegado a proclamar un principio “pro damnato”, cuyo efecto más apreciable se manifiesta con el fenómeno de la inversión de la carga probatoria, de modo que el receptor de un daño en determinadas condiciones, ya no tiene que probar la culpa o negligencia del agen-

---

<sup>17</sup> Explica Barcala Trillo-Figueroa, ponente de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 8-10-1996, este cambio jurisprudencial al manifestar que “la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, creando un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas consiguientes al desarrollo tecnológico y al principio de que debe ponerse a cargo de quien obtiene provecho de las mismas, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero”.

te de ese daño, sino que será éste quien deba de probar o bien su diligencia, o bien la concurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor<sup>18</sup>.

Ninguna sentencia del Tribunal Supremo hasta la fecha ha considerado que el ejercicio de la medicina se trate de una actividad de riesgo (aun a pesar de ello, el Gobierno Autónomo Vasco ha intentado la promulgación de una Ley que obligue su ejercicio bajo un seguro obligatorio tanto en el ámbito de la medicina pública como en la privada), aunque sí existe una norma –la Ley para la defensa de los consumidores y usuarios– en la cual se establece (art. 28) que los servicios sanitarios se hallan tutelados bajo un régimen de responsabilidad objetiva. El origen de esta norma se halla condicionado por una doble circunstancia histórica. La primera es consecuencia del impulso que la protección del consumidor estaba siendo objeto por los órganos legislativos de la Comunidad Europea, cuyo hito inicial lo constituye en 1973 la Carta Europea de Protección de los Consumidores (Consejo de Europa); pero, siendo lo cierto que España hasta 1986 no ingresa en la CEE, ello no obstaba para conocer los movimientos existentes en esta materia, procurando introducir instrumentos acordes con esa política para cubrir una carencia de nuestro ordenamiento y además dar contenido al mandado del art. 51 de la Constitución. La otra circunstancia que provoca el nacimiento de esta norma vino dada por las repercusiones del llamado “síndrome de la colza”, situación que demostró la ausencia de una norma específica que protegiese al consumidor ante los productos y servicios defectuosos a él dirigidos, y la insuficiencia del Código Civil para tutelar adecuadamente estas situaciones.

A pesar de las ventajas que suponía esta nueva Ley, lo cierto es que pasó bastante desapercibida, bien por las suspicacias que despertaba su amplia protección de la víctima, bien por las dudas interpretativas derivadas del doble régimen de responsabilidad que diseñaba, o incluso con el argumento de que no se trataba de una Ley substantiva civil sino de una Ley marco administrativa, y por lo tanto de imposible aplicación directa. Ese cúmulo de circunstancias provocó que fuese escasamente invocada por la jurisprudencia, aun a pesar de que ser un texto legal de amplias posibilidades prácticas; sin embargo, en el mes de Julio de 1997 se produjo un giro interpretativo en la Sala I del Tribunal Supremo que tuvo como protagonista al art. 28 de esta norma, y como principal valedor al magistrado

---

<sup>18</sup> Es aconsejable traer a colación una reflexión del Prof. Díez-Picazo cuando expone que “en el tratamiento actual de la responsabilidad no puede dejarse en la penumbra las transformaciones que en el régimen jurídico de la misma ha introducido el sistema de seguros de cualquier naturaleza y clase ... como ha señalado también G. Vincy, en función de la extensión que han experimentado los seguros, se ha ido realizando de manera progresiva una deformación de las condiciones tradicionales de la responsabilidad civil ... y la jurisprudencia, inferida por aquella legislación y por la extraordinaria difusión de los seguros voluntarios, aplica de hecho sus criterios con diversos expedientes técnicos a supuestos distintos de los previstos en ellos, como no podía ser menos en unas relaciones sociales dominadas por el principio de reparación del daños sin preocuparse debidamente de las causas”. *SISTEMA DE DERECHO CIVIL*, vol. II, 7ª ed., Madrid, 1995.

Almagro Nosete, ponente de una sentencia fechada el día 1 de aquel mes, en la que se condenó a un establecimiento sanitario público -en la persona de la entidad gestora de la S.S.- donde se había realizado el concreto servicio o actuación que produjo el daño cuyo resarcimiento se pretendía, pero no en base a una conducta negligente del médico actuante, sino por defecto organizativo del establecimiento sanitario que impide personalizar el comportamiento en un concreto profesional<sup>19</sup>.

Delimitado el campo de la responsabilidad civil del médico como profesional autónomo al servicio de una institución pública o privada, es lo cierto que en estos casos nos hallamos ante el esquema clásico de responsabilidad por culpa, no objetivizada, pues se entiende que el riesgo que entraña su actividad es inherente al propio ejercicio de la medicina, pues el daño está presente “ex ante” a la propia intervención, y por lo tanto, el que se magnifique o distorsione es algo que sólo podrá atribuirse al médico en la medida en que se pruebe por parte de la víctima la existencia de culpa o negligencia en relación de causa-efecto. No cabe hablar de objetivización de la responsabilidad del médico, pues ese proceso sólo se predica de las organizaciones sanitarias, únicas que pueden ser consideradas como prestadoras de servicios de esa índole a los efectos comentados.

Lo expuesto no implica que con resortes distintos a los que se manejan en el campo de la teoría del riesgo, la jurisprudencia no haya conseguido efectos semejantes a los derivados de la aplicación de la normativa de consumidores. Son los denominados supuestos de “culpa virtual” o aquéllos que emanan del brocardo “res ipsa loquitur” (los hechos hablan por sí solos), esto es, situaciones en donde al facultativo se le presume una negligencia en su actuar en la medida en que las consecuencias de su intervención se salen de la previsibilidad normal, en cuanto constituyen situaciones en las que sólo si se hace abstracción de un comportamiento imprudente se rompe el nexo de causalidad con el daño<sup>20</sup>. En esos

---

<sup>19</sup> Esa misma doctrina fue aplicada posteriormente en sentencia de fecha 21-7-1997 siendo ponente O’Callaghan Muñoz, al reconducir la aplicación de la Ley General de Consumidores y Usuarios en esta materia “como una subespecie de la responsabilidad médica, más cercana a la responsabilidad sanitaria en general, que se sitúa como derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre especialistas que tratan a un paciente, más aun cuando tal evento sucede dentro un mismo centro hospitalario, o cuando determinados elementos de información que constan en el historial del paciente no son considerados o se soslayan en el tratamiento o en la intervención quirúrgica”.

<sup>20</sup> En relación con esta doctrina conviene mencionar la STS de fecha 28 de Julio de 1997 en la que es ponente Almagro Nosete, que deja dicho que “las reglas de la carga de la prueba que según la Jurisprudencia corresponde al actor tratándose de responsabilidad médica, no se pueden interpretar en un sentido tan amplio que se extienda a probar los hechos que impedirían u obstarían que prosperara la pretensión, como el caso fortuito. Tampoco en consecuencia, la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del curso de la enfermedad (o en este caso intervención quirúrgica) puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia ni imprevisión por su parte”. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias de 18-2-1997 y 17-7-1997.

supuestos se exige del médico demandado prueba que explique ese curso anormal o ilógico del tratamiento médico, tanto desde el ámbito del caso fortuito como desde la intervención del propio enfermo o de terceros que interfirieran el nexo de causalidad entre el daño y el actuar facultativo.

#### **4-. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS.**

##### ***4.1-. Aproximación de ambos regímenes***

Nuestro Código Civil diseña un esquema de la responsabilidad desde la perspectiva del ámbito en el que se enmarque el deber transgredido por aquél a quien se hace responsable del daño. De este modo, tenemos tradicionalmente dos esferas distintas que operan en función de la relación jurídica que sea la fuente de ese daño, bien por el incumplimiento de los deberes que lleva aparejado un contrato, bien por faltar al deber genérico de convivencia que se residencia en la obligación de no causar daño a nadie. La primera, denominada como responsabilidad contractual, se ubica en los arts. 1.094 a 1.112 del Código Civil, mientras que la segunda, caracterizada como extracontractual, aparece normada en los arts. 1.902 a 1.910. Se trata del esquema clásico diseñado en nuestro centenario Código Civil que, sin embargo, está siendo objeto de una progresiva indefinición a causa de la metamorfosis del instituto de la responsabilidad, que en el ámbito contractual viene impuesta por una realidad social caracterizada por la progresiva simplificación de las formas en los contratos, aparición de nuevas figuras atípicas e instauración de la contratación en masa, y en el campo extracontractual por la progresiva objetivación de los comportamientos que causan daño prescindiendo de la culpa del agente, si no totalmente, sí hasta el punto de exigir que se extreme el deber de cuidado y de invertir la carga de la prueba sobre este requisito.

Fiel reflejo de una realidad social discordante con el mundo que conocieron los redactores de nuestro Código Civil, es la acomodación de ese cambio con la construcción de teorías que procuran adaptar el texto legal a las nuevas situaciones que se plantean en el tráfico jurídico. Surge de este modo la denominada doctrina de la unidad de la culpa civil, elaborada con el fin de evitar que la inadaptación de la regulación que disponemos conduzca a soluciones incongruentes con el fin de la norma<sup>21</sup>. Este planteamiento del que ha hecho gala la Sala I del Tribunal Supremo en varios recientes pronunciamientos, ha sido objeto de críticas

---

<sup>21</sup> Tomando como referencia una reciente sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 6 de Mayo de 1998, que en su fundamento de Derecho tercero hace pormenorizada cita de resoluciones anteriores que desarrollan la doctrina de la unidad de la culpa, se pueden mencionar las sentencias de

dirigidas desde sectores que ven con malos ojos una exacerbación del principio “da mihi factum, dabo tibi ius”, en la medida en que entienden que esa jurisprudencia, empeñada en no vincularse al tipo de acción ejercitada, contraviene el principio de congruencia e incluso el derecho de tutela judicial efectiva que corresponde a quien es demandado<sup>22</sup>.

Dejando al margen el fin común de las normas de responsabilidad civil –basado en el unívoco propósito de procurar la indemnidad del perjudicado, trasladando el contenido económico del resarcimiento de un patrimonio a otro– lo que conlleva que se busque una igualdad de tratamiento en lo fundamental, ambos regímenes de responsabilidad mantienen diferencias normativas que se enmarcan, fundamentalmente, en materia de requisitos de la acción, su prescripción y la naturaleza de la obligación.<sup>23</sup>

Sin embargo, con el acercamiento cada vez más patente entre ambas acciones se introducen elementos correctivos que suponen una alteración de las diferencias antaño consideradas irreconciliables, y ahora superables gracias, no sólo al esfuerzo interpretador de la Jurisprudencia, sino a instrumentos normativos que patentizan una voluntad de desarrollar iniciativas legislativas que procuran una unidad de régimen, palmaria en los supuestos de protección de los consumidores<sup>24</sup>. Téngase en cuenta que se parte de una misma definición de culpa (art. 1.103

---

la misma Sala de 1 de 1 Abr. y 20 Dic. de 1991 o 15 de Feb. y 9 de Mar. de 1993, que viene a proclamar la yuxtaposición de responsabilidades –contractual y extracontractual– que dan lugar a acciones que se pueden ejercitar alternativa o subsidiariamente u optando por uno u otra e incluso proporcionando los hechos al Juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que mejor se acomoden a ellos.

22 Según Garnica Martín en “La dualidad de la responsabilidad” en las VI Jornadas de Responsabilidad Civil, Barcelona, 1998, “cuando se estudia la jurisprudencia se tiene la sensación de que tal formulación esconde tras de sí una especie de agujero negro del derecho, que es en buen parte el resultado de una frustración de los esfuerzos por alcanzar la claridad, la claudicación ante un problema dogmático que no se sabe cómo resolver adecuadamente”.

23 El escollo con el que se tropieza es que la convergencia de ambas responsabilidades no es total en razón de que las diferencias normativas obligan a trazar lo que Yzquierdo Losada denomina “zona fronteriza”, es decir, supuestos en que la calificación de la responsabilidad es dudosa, y cuando esa frontera se obvia, evidentemente el resultado será contrario a la norma.

24 Con el plausible fin de proteger a la considerada parte débil de esa relación, en determinadas actividades en que la autonomía del consentimiento revierte mermada por el influjo de determinadas fórmulas de contratación que pueden considerarse abusivas, se vienen estableciendo fórmulas protectoras que dan forma a un cuerpo normativo caracterizado por introducir una serie de correctivos en materia de formación del contrato y, lo que es más importante a los efectos que nos ocupan, en lo referente a las consecuencias del mismo. Exponentes de este nuevo rumbo, dirigido por la producción legislativa de los órganos de la Unión Europea, son la Ley 22/94 de productos defectuosos, la Ley 30/95 del seguro privado o la reciente Ley 7/98 de condiciones generales de la contratación. Téngase en cuenta que el Tratado de MAASTRICHT introdujo en el de Roma un nuevo art. 129 A, bajo el epígrafe “Protección de los Consumidores”, cuyo apartado 1 indica que “la Comunidad contribuirá a que

del C.C.), que la carga probatoria de este requisito se consolida con un criterio único<sup>25</sup>, que la naturaleza de la obligación será objeto de un análisis casuístico sin poder determinar una regla de solidaridad o mancomunidad genérica<sup>26</sup>, y que el distinto plazo de prescripción se soslaya frecuentemente con el criterio de yuxtaposición de las acciones. Pero estas modernas interpretaciones que tiene su refrendo en una línea jurisprudencial constante, y en otros casos en la propia labor del legislador, se tratarían de meros artificios para facilitar el resarcimiento del perjudicado, si no se apoyasen en una cada vez más difusa frontera entre la órbita de lo contractual y lo extracontractual, máxime cuando de la prestación médica se trata. Dejando al margen el ejercicio privado de la medicina a cargo del profesional individual que, por otra parte, ninguna duda su calificación arroja, cuando la pres-

---

se alcance un alto nivel de protección de los consumidores". Este fenómeno no resulta ajeno a los países del sistema de "common law" lo que ha supuesto en Estados Unidos se haya llegado a la existencia de una fuerte corriente doctrinal a favor de que en este contexto subjetivo (la protección de los consumidores) se promueva la concurrencia de ambas responsabilidades, hasta el punto de que ya se acuña un nuevo término legal: "contort", contracción de contract (contrato) y tort (daño).

<sup>25</sup> Al partir del considerando unánime de que la obligación del médico es de medios, pues su prestación participa de las características del arrendamiento de servicios, la culpa del arrendatario debe ser probada siempre por quien la alega, careciendo de virtualidad la regla del 1.183 (que sólo se refiere a casos de pérdida total de la cosa), puesto que la hipótesis que se planteará en esta materia versará sobre incumplimientos parciales a causa de un resultado defectuoso, y no por absoluta falta de cumplimiento de lo acordado, pues si no existe acto médico lógicamente no cabrá hablar de mala praxis. Esa misma circunstancia acontece desde su dimensión extracontractual en la medida de la consideración de la práctica de la medicina fuera de las actividades de riesgo, lo que margina la influencia en estos casos de la inversión probatoria.

<sup>26</sup> Aun a pesar de que rige en materia extracontractual el denominado principio de solidaridad impropia, sin embargo, esta formulación, cuya existencia se ampara en procurar la más rápida indemnidad de la víctima, no es dogmática, desde el momento en que le cabe al tribunal, a la vista del análisis de los respectivos comportamientos, individualizar cada uno de ellos, atribuyéndoles un porcentaje de responsabilidad distinto en función de su influencia en el resultado final. Por ello, se alcanzará una graduación de la responsabilidad cuando se pueda concretar cada comportamiento en el sentido de apreciar intensidades causales diferentes para el acontecer dañoso. Igualmente, la superación gradual del principio de mancomunidad en materia contractual es fruto de su acomodación a las exigencias de la realidad social, interpretando cada vez con mayor frecuencia la jurisprudencia que la solidaridad pueda estar presente aun cuando las partes expresamente no la hayan pactado, si de la naturaleza del contrato y del sentido de las respectivas actuaciones se infiere un pacto tácito de solidaridad, en el sentido de que todos los obligados responderán conjuntamente de mediar la deuda. Y este terreno aparece especialmente abonado en aquellos contratos como el de prestación sanitaria en que la solidaridad frente al cumplimiento defectuoso se alza como convenio no escrito, por lo que cirujano, anestesista, ayudantes, enfermeras, etc. se configuran como un deudor pluripersonal que se obligará solidariamente al actuar como equipo de trabajo dirigido a un mismo fin, y ello, por supuesto, siempre que no pueda individualizarse la acción u omisión causante del daño. También se puede recurrir en estos casos a la analogía con otros contratos semejantes donde sí está presente expresamente la solidaridad (contrato de ejecución de obra, por ej.), pues el cada vez mayor número de contratos atípicos obliga a acudir a la analogía con otras figuras, entendida desde la identidad con los fines perseguidos, que a tenor de los ejemplos mencionados, en ambos casos se posicionan sobre un ideal: garantizar la posición de la víctima.

tación médica se lleva a cabo en una institución sanitaria de la naturaleza que sea, la calificación de la relación prestador-paciente y médico-paciente puede ofrecer dudas, labor que en todo caso pasará por el análisis de los respectivos vínculos.

#### **4.2.- Régimen de responsabilidad aplicable a cada modalidad prestacional**

En la sanidad pública la intervención médica es a cargo del erario en función de –en la mayoría de los casos- una afiliación previa al sistema por parte del paciente, quien a través de la cuota social que se detrae de su salario por el empresario, o mediante la entrega periódica cuando de un trabajador por cuenta propia se trata, garantiza su asistencia médica para el caso de enfermedad o accidente. La relación del médico con el paciente viene dada por la circunstancia previa de esa afiliación, sin que medie, por lo tanto, trato o relación de signo contractual entre ambos. Sin embargo, la relación del paciente con la entidad hospitalaria, por mor de esa afiliación que tiene por objeto garantizar entre otras prestaciones la sanitaria, es de signo contractual, pues entre el Instituto Nacional de la Seguridad Social y el afiliado al sistema existen unos vínculos que reúnen todos los requisitos para que el acuerdo de voluntades patentice lo que se ha denominado contrato de seguridad social, figura análoga al contrato privado en cuanto desarrolla un contenido obligacional, aunque de origen legal pues así aparece dispuesto en los arts. 99, 100 y 194 de la Ley de la Seguridad Social, lo que supone que podamos hablar de un contrato de adhesión que nace de una relación social típica<sup>27</sup>.

De todos modos, aun cuando en un principio la prestación sanitaria a cargo de la Seguridad Social tenía una base mutualista, actualmente a los servicios públicos sanitarios acceden los ciudadanos no sólo por razón de haber acreditado una previa cotización al sistema que les confiere el derecho a obtener esa prestación, sino también, desde el Real Decreto 1088/1989 de 8 de Septiembre, “los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes”, consecuencia de la configuración de la asistencia sanitaria en la Ley General de Sanidad (L.G.S.) como un derecho público subjetivo extendido a toda la población. Tampoco cabe olvidar que los hospitales públicos pueden prestar dicha asistencia a cualquier paciente que lo requiera –fuera de los dos supuestos anteriores- esto es, como si de un centro privado se

---

<sup>27</sup> En la actualidad la doctrina científica constata la insatisfacción de la teoría clásica de la fuente de las obligaciones y la necesidad de ensayar nuevas fórmulas o tanteos. En este orden se consideran, a propósito de los diferentes negocios jurídicos creadores de relaciones obligatorias, los que no nacen de una expresa declaración de voluntad de las partes sino del comportamiento o de los hechos concluyentes de una de ellas, a los cuales el ordenamiento vincula el nacimiento de obligaciones. Se habla así de relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica ( v.gr. la utilización de transportes o de los servicios públicos). Cfr. Díez-Picazo, Sistema de Derecho Civil. Vol. II.



tratase, con la obligación para aquél de abonar el importe de los servicios prestados, tal como se prevé en el art. 16 de la L.G.S. Es en este último supuesto de las tres modalidades vistas –mutual, de beneficencia y privada- donde la prestación de signo contractual resulta palmaria, al identificarse con cualquier otra de arrendamiento de servicios en centro que carezca de naturaleza pública, y ello aun cuando la calificación de ese contrato no se encuentra prevista en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues esa exclusión no quiere decir que desaparezca el carácter contractual de la obligación, situación que significaría tanto como ignorar que las obligaciones “ex lege” comparten un sistema de responsabilidad idéntico al configurado para las obligaciones “ex contrato”<sup>28</sup>.

En la sanidad privada la vinculación con el paciente puede revestir varias formas que por su frecuencia se materializan en tres posibles modalidades: un contrato entre la clínica y el paciente, un seguro de asistencia médica suscrito con una compañía aseguradora o una mutua que a su vez contrata los servicios médicos con una serie de establecimientos y profesionales sanitarios, y un contrato con el médico que a su vez mantiene un contrato de colaboración con la clínica. Para el primer caso la relación médico-paciente es de signo extracontractual, pero es contractual con el establecimiento en que aquél presta sus servicios, en el segundo supuesto la relación es extracontractual en ambos casos (clínica-paciente y médico-paciente), y en el tercero el vínculo es contractual con el médico y extracontractual con la institución sanitaria.

Sin embargo, este esquema se ha diseñado desde la tradicional división de ambos regímenes, situación que, como hemos visto, se complica en la misma medida en que se prodigan las relaciones contractuales y aparecen nuevas manifestaciones de la voluntad de las partes. La división del trabajo y la contratación en masa provocan que con relativa frecuencia se recurra a terceros ajenos a la

---

<sup>28</sup> Algunos autores (entre ellos Buenaga Ceballos en “La defectuosa prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social: ¿un supuesto de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas?, Revista jurídica “La Ley”, 1 de Julio de 1998) justifican la existencia de relaciones contractuales propiamente dichas en estos casos, partiendo de la tesis de que la prestación sanitaria surge “ex lege”, más concretamente por imperativo de los arts. 12 y 16 de la L.G.S., lo que a este autor da pie para considerar esta situación como propia de la materia de Seguridad Social, y por lo tanto reservada a los órganos de la jurisdicción social. Aun a pesar de que el argumento esgrimido se utiliza para una interpretación que no comparto (que las demandas por “mala praxis” las conozca la Jurisdicción Social), es lo cierto, coincidiendo con este autor, que no puede hablarse en estos casos de prestación sanitaria de un deber de naturaleza extracontractual cuando de indemnizar las consecuencias dañosas se trata, sino que estamos ante una obligación que nace del vínculo previo establecido entre el paciente y la institución sanitaria, configurada como contractual por el intercambio de obligaciones que supone, pues como establece el art. 1.089 del Código Civil, esta obligación también puede nacer de la Ley y los efectos de su incumplimiento directamente abren paso al régimen de responsabilidad previsto para las obligaciones contractuales en los arts. 1.103 y ss.

órbita personal del contrato, lo que implicará que los incumplimientos de esos terceros auxiliares del contrato repercutan en el resultado final del mismo e impongan su correlativa exigencia de responsabilidad, que se ventilará dentro de las consecuencias que normativamente se prevean para el caso de incumplimiento de sus obligaciones; pero se tratará de una responsabilidad contractual indirecta, pues la relación con ese tercero incumplidor estará al margen de cualquier situación de dependencia con una de las partes, dado que se trata de un tercero con personalidad propia e independiente y además extraño a su respectiva organización. Esto supone que la responsabilidad del contratista deudor podrá exigirse cuando el incumplimiento resida en la mala praxis del auxiliar subcontratado, pues, aun sin refrendo normativo en nuestro ordenamiento, existe un consolidado principio de responsabilidad contractual indirecta, esto es, por el incumplimiento no del propio deudor sino de su auxiliar. Este régimen de responsabilidad, traspuesto al esquema de relaciones habituales en el ejercicio de la medicina privada, supone que la responsabilidad del auxiliar (la clínica en unos casos, el médico en otros) podrá exigirse directamente a aquél con quien se contrató, y para ello recurriendo a la acción de incumplimiento contractual<sup>29</sup>.

Desde la óptica de esa relativización existente en la actualidad de los requisitos de la contratación, al final lo fundamental es el nivel de interrelación del acreedor de la prestación médica (el paciente) con los auxiliares (clínica o médico), situación que se medirá desde el conocimiento que el paciente obtenga antes de la intervención sobre las circunstancias del auxiliar. Valga al respecto el siguiente ejemplo: si el anestesista escogido por el cirujano que pactó la intervención con el paciente resulta desconocido para éste, entonces actuará como auxiliar

---

<sup>29</sup> “Del incumplimiento de sus auxiliares responde el deudor porque la utilización de terceros en la ejecución de la relación obligatoria es un riesgo suyo; y ello porque dicha utilización es algo discrecional del deudor en función de sus propios intereses y conveniencias organizativas, pues valiéndose de auxiliares el deudor amplía su esfera de actividad y de beneficios, y por ello los riesgos inherentes a tal utilización deben recaer sobre la persona que saca provecho, y no sobre el acreedor que siendo ajeno a la decisión sobre su empleo y a los beneficios que de él se derivan, debe permanecer también ajeno a sus riesgos”. Jordano Fraga, “La responsabilidad contractual”, Madrid, 1987. El mismo autor explica que “el principio general de responsabilidad del deudor por sus auxiliares significa que, una vez afirmada la responsabilidad del auxiliar en la lesión del derecho del acreedor con arreglo a los principios generales, dicha responsabilidad se traslada al deudor. O por ser más precisos, puesto que el auxiliar es siempre ajeno a la relación obligatoria y el deudor nunca deja de serlo, el mencionado principio general se ocupa de establecer la responsabilidad del deudor con arreglo a las normas generales (arts. 1.105, 1.182 y ss. del Código Civil) a través de la conducta de su auxiliar”. Se justifica este principio por el mismo autor al señalar que “cada vez la doctrina es más consciente que en la base de la evolución de los criterios de imputación en tema de responsabilidad (contractual y extracontractual) sobre los principios del riesgo, están unas mismas necesidades y razones de fondo, por lo que la distinción de ambos regímenes pierde su razón de ser, en la medida en que las exigencias de solidaridad y aseguramiento colectivo se hacen efectivas”.

extraño a la relación contractual y, por lo tanto, ningún vínculo le unirá al paciente, por lo que las responsabilidades del anestesista las asumirá el cirujano si el paciente reclama en vía contractual contra él. Pero si el paciente autorizó la intervención de ese concreto anestesista y se demuestra que con anterioridad a la intervención conocía esa circunstancia, se genera desde ese momento un vínculo contractual directo con el paciente que implica la asunción de una responsabilidad personal frente a éste último, desde el momento en que la elección del anestesista será participada por el acreedor de la prestación. La situación resulta más evidenciable cuando el auxiliar resulte ser una clínica, pues la propia voluntariedad del ingreso, salvo en los casos de inconsciencia o urgencia vital, supone consentir la prestación paramédica (sanitaria y hotelera) en que consisten los servicios que realizan estos establecimientos.

De existir un denominador común en todos los supuestos de intervención del médico cuando no actúa como parte del contrato, sino como auxiliar del mismo, es la figura de lo que se ha venido en denominar consentimiento informado al paciente, que fija la autorización del paciente al médico para que dirija el tratamiento o intervenga quirúrgicamente desde un conocimiento de los riesgos inherentes, situación que por imperativo legal no establece distingos en función de la naturaleza de la institución sanitaria o del vínculo preexistente. Ese consentimiento, que en determinados supuestos debe revestir forma escrita, no sólo legitima la intervención médica, sino la de ese concreto médico, por ello, supone su preexistencia un vínculo que rebasa la esfera de lo extracontractual, pues el daño que acontezca no estará únicamente dentro del círculo que configura el deber genérico de no causar un daño, sino que entra dentro de otro círculo –concéntrico con el anterior pero más reducido- que se ampara en un pacto que el consentimiento legítimo y que se extiende a verificar la actuación médica dentro de los límites de lo consentido, cuestión que no sólo legitimará la actuación del médico sino que le vinculará en pos de cumplir dentro de la órbita de ese consentimiento.

Entiendo que esta opinión pueda exaltar a algún purista, pero lo único que pretendo demostrar es que la división académica en dos regímenes de responsabilidad, hoy por hoy, carece de sentido en supuestos como el tratado, pues el acontecer social ha desbordado los compartimentos estancos que se habían concebido al respecto, siendo precisa una nueva regulación de la materia que unifique el régimen dual en uno común. El paso idóneo para ello sería la promulgación de una Ley de Responsabilidad en la Prestación del Servicios que modificara la arcaica regulación del contrato de arrendamiento en el Código Civil, diseñando una nueva configuración de la responsabilidad que diferenciase, a estos efectos, la figura del profesional independiente por un lado, y las entidades sanitarias, por otro. Esta reforma habría de posibilitar un régimen de responsabilidad unívoco, en el que no quepa lugar a discernir entre responsabilidad contractual y extracontractual, a

través de un único sistema caracterizado por objetivar la responsabilidad del prestador de servicios sanitarios permitiendo que las diferencias derivadas de la regulación existente en el Código Civil desaparezcan, estableciendo un periodo de prescripción de la acción intermedio, favoreciendo la solidaridad de los deudores, acotando los supuestos en que quepa la inversión probatoria de la culpa o negligencia, e incluso definiendo el nivel mínimo de ésta última que genere responsabilidad, de forma que pueda determinarse con cierta exactitud cuándo la imprudencia se puede cualificar como grave o como leve, pues esa diferenciación es la que posibilita el posterior derecho de regreso. Para una correcta aplicación de este nuevo régimen de responsabilidad deberá delimitarse con precisión el concepto de prestador de servicios, de forma que no se incluya dentro del mismo al profesional individual que aun prestando una actividad sanitaria, lo hace desde fuera de una organización empresarial; constituye esta característica la que ha de definir al prestador de servicios a los efectos de atribuirle un régimen de responsabilidad objetivado, puesto que el médico en su ejercicio profesional por cuenta propia, esto es, dentro de su propia esfera de organización, debe acomodarse en esta materia al régimen de responsabilidad contractual que rige en la actualidad el Código Civil, sin que esté justificado un régimen más protector para el paciente en la medida en que en estos casos la asistencia sanitaria se presta con unos condicionantes que no permiten calificarlo como consumidor.

## **5-. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO Y RESPONSABILIDAD DEL ESTABLECIMIENTO SANITARIO.**

### ***5.1-. Responsabilidad del centro sanitario***

Cuando la prestación sanitaria se lleva a cabo en el contexto de un establecimiento público o privado, y concurre un daño que conduzca a la pertinente reclamación en sede civil, lo habitual es que sean demandados conjuntamente el facultativo o facultativos responsables del tratamiento médico y el establecimiento en que se enmarcó esa prestación considerada causante del daño. En caso de tratarse de un sanatorio público la demanda se extenderá a la entidad gestora de la prestación sanitaria en la Comunidad Autónoma que corresponda, por ser la persona titular del centro médico. Pero frente a esa situación que no viene provocada por exigencias de un litisconsorcio pasivo necesario, sino por meras razones de conveniencia en cuanto a la ejecutividad de una sentencia estimatoria de la demanda, no debemos olvidar que los títulos de imputación en ambos casos son distintos, pues el médico responderá por culpa propia y el establecimiento o la administración sanitaria en la mayoría de los casos lo hará por la denominada “culpa in eligendo” o “in vigilando” que describe el art. 1.903 del CC., aunque cabe perfectamente que la demanda también se fundamente en base al art. 1.902

o en el 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios, pues la responsabilidad de centro sanitario nace en ocasiones de actos culposos propios, derivados, por ejemplo, de la falta de coordinación de los servicios, precariedad de medios o defectuoso funcionamiento de los mismos, fenómenos indicativos todos ellos de un comportamiento negligente que cae fuera de la esfera de responsabilidad del facultativo.

Centrándonos en la naturaleza del art. 1.903, párrafo 4º, del C.C., una vez que ya ha sido expuesta en el capítulo anterior la doctrina que explica el 1.902, y sabiendo que precisa una previa relación de dependencia entre empresario (institución sanitaria) y empleado (el médico), conviene analizar las consecuencias de la atribución de responsabilidad por vía de aquel precepto. Paso previo para entender el fundamento de la responsabilidad en este orden, es preciso hacer constar que así como con respecto al art. 1.902, tal como ha quedado expuesto, se ha producido una evolución interpretativa que se fundamenta en la progresiva objetivización que demandaba la propia dinámica de las relaciones sociales, la responsabilidad dimanante del art. 1.903.4º no ha sido ajena a ese acontecer, de modo que, partiendo de una conceptualización subjetiva basada en la culpa del empleado, y que permitía la exención de responsabilidad cuando se demostraba por parte del empresario haber empleado en su labor de custodia la diligencia de un buen padre de familia, se ha pasado a una visión objetivizada de ese vínculo, de modo que se califica dicha responsabilidad como vicaria<sup>30</sup>, en la idea de considerar existente la obligación indemnizatoria del empresario siempre que se imponga a su empleado, lo que supone omitir la posibilidad de acudir como causas de exoneración al estándar de diligencia del buen padre de familia, ello a pesar de que sigue vigente el párrafo sexto del 1.903 donde se recoge<sup>31</sup>.

Varios son los argumentos que sustentan esa mutación en la naturaleza del 1.903 pero en el fondo subyace el manido –pero elogiabile– argumento de ofrecer una mayor y mejor protección a la víctima. De todos modos, entre los resortes

---

<sup>30</sup> “En este sistema la responsabilidad civil del empresario funciona a modo de garantía frente a la víctima; no existe sin la de su empleado, es más, es ésta la que hace surgir la del principal; es una auténtica responsabilidad por hecho ajeno, porque es éste el que hace surgir la responsabilidad propia”. Zelaya Echegaray en “La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente”, p. 77, Pamplona, 1995.

<sup>31</sup> Como señala la profesora Encarna Roca en su trabajo “La acción de repetición prevista en el art. 1.904 del CC” (ponencia presentada en el VI Congreso de Responsabilidad Civil, Barcelona, 1998), “a pesar de todas las trabas que pueden deducirse del texto del art. 1.903 CC, ya se ha puesto de relieve que la construcción jurisprudencial ha permitido configurar la obligación de responder como incluida dentro de las normales actividades empresariales; esto puede comprobarse sobre todo en la complejidad del expediente de la exoneración de la obligación en base a la prueba de la diligencia, admitida en el art. 1.903.6 CC, pero muy dificultada por la jurisprudencia hasta el punto de hacerla casi imposible”.

argumentales que articulan el cambio descrito se puede mencionar el aforismo “cuius commodum eius incommodum”, la imposibilidad de exoneración cuando las garantías adoptadas aun siendo las reglamentarias devengan insuficientes para evitar el daño<sup>32</sup>, y la consideración de la culpa del empleado como “in operando”, esto es, en cuanto parte indisociable de la propia actividad empresarial, compuesta no sólo de un importante elemento material, sino también del indispensable componente humano, más anónimo cuanto mayor magnitud alcanza la empresa.

La relativización de las relaciones empresario-empleado, las cuales se diluyen en una estructura jerarquizada con mandos intermedios en quienes se materializa una delegación de funciones (paradigmática de la pérdida de contenido de la expresión “in vigilando”), y la cada vez mayor autonomía laboral, especialmente relevante en puestos de alta cualificación –ejemplo que resulta palmario en el caso de los médicos– supone que, frente al tercero perjudicado, el empresario responda más que en base a la culpa “in eligendo” o in vigilando”, en atención a lo que se ha venido en denominar el “riesgo de empresa”.

Lo anterior conlleva que por algunos autores se llegue a la conclusión de que en estos casos existen dos tipos de relaciones: las del empresario con los terceros, en base a los riesgos implícitos en el desarrollo de su actividad, y con sus empleados. Frente a los primeros el empresario responde como garante de la corrección de la actividad desplegada, y frente a los segundos, y dejando al margen las medidas que le permita el marco jurídico en que se sitúe la relación de dependencia, le cabrá el derecho de repetición que establece el art. 1.904 del C.C.

### **5.2.- El derecho de regreso contra el médico**

El párrafo primero del art. 1.904 establece a favor del empresario un derecho de repetición o regreso para resarcirse por lo pagado a causa del daño causado por uno de sus empleados. Supone esa norma el establecimiento de una acción para cuando el empresario o empleador se ve obligado a responder por mor del contenido del art. 1.903.4 antes analizado, de forma que la declaración de responsabilidad de su empleado al suponer “ope legis” la asunción de responsabili-

---

<sup>32</sup> Como explica Cavanillas Múgica en su obra “La transformación de la Responsabilidad Civil en la Jurisprudencia”, Pamplona, 1987, “sólo se trata de llevar la presunción de culpa al principio de que la licitud no excluye la culpa” cuestión que se traduce en afirmaciones tan rotundas del TS como que “el empleo de medios que no resulten suficientes no sirve para enervar la responsabilidad” (Sentencia de la Sala 1ª de 4-7-1983), o que “se genera responsabilidad cuando las medidas adoptadas no fueron suficientes para impedir el resultado dañoso producido” (S. 6-3-1983). En definitiva, se exige lo que se ha venido en denominar el “agotamiento de la diligencia”, lo cual consolida la idea de que la observancia de las prescripciones reglamentarias no exime de responsabilidad si las mismas se demuestran insuficientes para evitar el daño.

dad para el empresario, se le permite que recupere lo abonado, en virtud del principio de enriquecimiento sin causa, pues careciendo de esa acción el empresario, el patrimonio del directo causante del daño quedaría indemne, esto es, sin ver repercutido el daño causado por su imprudencia<sup>33</sup>.

Parece que “prima facie” ese derecho de repetición no casa muy bien con las tendencias objetivadoras que han mutado el instituto de la responsabilidad civil según lo expuesto en los capítulos precedentes. Si el empresario se ha constituido como garante de efectividad económica de una condena por responsabilidad atribuida a su empleado -en base a los denominados “riesgos de empresa”- no se comprende como puede llevar aparejado un derecho de repetición que sólo pretende compensar el perjuicio económico con su traslación al patrimonio del empleado. Admitida una responsabilidad de signo “vicario”, y justificándola desde la compensación del lucro que la propia actividad empresarial genera, carece de justificación este derecho de regreso tal como sigue siendo concebido en nuestro ordenamiento<sup>34</sup>.

Frente a esta regulación, el art. 145.2º de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que trae su sentido del párrafo anterior del mismo precepto donde se hace responsable a la Administración por los daños ocasionados por el funcionario o agente con ocasión de su actividad como tales, permite el derecho de regreso cuando el daño sea causado por dolo o imprudencia grave de éstos. Supone lo anterior, que la Administración, esto es, el empresario público definido “grosso modo”, responde en estos casos de forma directa, igual que como dispone el art. 1.903.4º C.C. y, por lo tanto, sin que sea preceptiva la previa decla-

---

<sup>33</sup> Siguiendo a Díez-Picazo (op. cit., pp. 214-5) hay que señalar que el fundamento de la acción de regreso se encuentra en “los principios que vedan el enriquecimiento sin causa”, puesto que si el deudor que ha pagado íntegramente al acreedor la prestación que debía conjuntamente con los demás no pudiera recuperar de éstos aquello que pagó de más, se provocaría en los otros un enriquecimiento. Díez-Picazo, sin embargo, puntualiza que “no se trata de una verdadera acción de enriquecimiento, que tiene siempre un carácter subsidiario, sino de una acción tipificada por la Ley en base a aquel principio”. El mismo autor nos hace ver (p. 626) que estamos ante “una regla de repetición que se coordina mal con la reparación culpable sobre la que el art. 1.903 asienta la del empresario, pues si es culpable, porque se presume y no puede demostrar lo contrario, ¿por qué va a repetir contra su empleado?”.

<sup>34</sup> Encarna Roca insiste en este razonamiento, al señalar (op. cit. p. 20) que “el principal no paga por una culpa propia, sino por una acción que se encuentra inserta dentro de la actividad empresarial que lleva a cabo. A partir de ese planteamiento caben dos soluciones: 1º) o bien se asume el riesgo de los costos de la empresa, internalizándolo, con lo que el siguiente paso constituye la repercusión de la prevención del mismo sobre los consumidores de los productos o servicios de la empresa en cuestión, 2º) o bien se repercute el costo de las indemnizaciones en aquéllos que han producido el daño no debiéndolo producir, con lo que la repercusión en el precio final de los productos ofrecidos por la empresa debe aminorarse. Mi opinión es que no resulta correcto fundamentar en el enriquecimiento injusto la razón del derecho de regreso, puesto que el empresario que paga, seguramente habrá previsto el costo de las indemnizaciones en la planificación económica de su actividad, y como he dicho antes, repercutirá en otros -el consumidor final- el precio de las indemnizaciones”.

ración de insolvencia del agente causante del daño, asumiendo sin posibilidad de regreso las imprudencias leves. La justificación de esa responsabilidad de la Administración empero ser directa como la del empresario privado, se basaba originariamente en razones de distinta índole que además surgen de motivaciones diferentes: si la fundamentación del 1.903.4º nace de la llamada “culpa in vigilando”, esto es, de lo que se considera sólo de forma mediata como culpa propia, pues el resorte que la motiva viene dado por una culpa ajena (la del empleado), la responsabilidad de la Administración se deriva del deber constitucional de responder por la seguridad y efectividad de un servicio público en el cual se incardina el funcionario como parte indispensable de ese engranaje. La acción de responsabilidad contra el funcionario no se concibe en el proceso contencioso-administrativo, y por lo tanto, la declaración de responsabilidad que lleve aparejado un deber de indemnizar será en condena contra la Administración, y nunca contra la persona física (funcionario o contratado)<sup>35</sup>.

Es evidente que del planteamiento inicial sobre las diferentes características de la responsabilidad del empresario privado y público, se deriva una cuestión de gran transcendencia práctica: el diseño del derecho de repetición en ambos casos es diferente; por un lado, el art. 145.2º permite a la Administración repercutir contra el agente cuando el daño causado que se ha tenido que indemnizar viniese provocado por un comportamiento bien doloso o bien derivado de culpa o negligencia graves; y por otro, el art. 1.904.1º del C.C. establece ese derecho de repetición a favor del empresario en todo caso, esto es, sin limitar su ejercicio a que el empleado actuase dolosamente o con culpa o negligencia graves. Supone esto que la Administración asume como responsabilidad propia aquellos daños que traigan su origen en actuaciones negligentes que no pueden calificarse como graves, mientras que la acción de regreso del empresario privado es incondicionada a la calificación de la actividad de su empleado, pues mediando culpa siquiera leve, cabrá siempre la posibilidad del regreso<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> La exclusión de la legitimación activa del perjudicado contra el funcionario o agente de la Administración, encuentra su fundamento en dos circunstancias distintas. La primera reside en el dato de que la Administración al actuar sólo a través de personas físicas, la actividad de éstos materializa el propio contenido del servicio público, por lo que en aras de colectivizar los efectos de los riesgos que el servicio produce, los daños los asume la Administración (la opción contraria, existente en virtud de la LRJAE de 1957, fue rechazada expresamente por el Dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de LRJAP-PAC). La segunda circunstancia se justifica desde parámetros de imputación peculiares, al tener una dimensión constitucional, que no son extrapolables al Derecho Común.

<sup>36</sup> La razón de esta diferencia, según Villar Rojas en “La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamento y límites”, p. 122, Barcelona, 1996, reside en que “en aras del funcionamiento regular y continuo del servicio público, es necesario garantizar a los funcionarios mediante el reconocimiento de un margen de negligencia excusable, dentro del cual puedan actuar sin responsabilidad personal. Este margen de tolerancia es fundamental en la asistencia sanitaria pública



La paradoja que inexplica más aún el sentido de la diferenciación de ambos regímenes viene provocada por lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 1.904, que respecto del empresario de la docencia no superior y en los casos de daños causados por el alumno menor de edad, establece un derecho de repetición condicionado a que el profesor hubiese incurrido en dolo o culpa grave. Esa diferencia es producto de la reforma operada con ocasión de la Ley 1/1994 de 7 de Enero, en cuyo preámbulo se explica que se inspira en la idea de acomodar esta materia a la realidad social de nuestros días, distinguiendo un responsable directo –la dirección del centro docente- y un responsable subsidiario –el profesorado- cuando se legitime el uso de la acción de repetición, lo que trae como consecuencia en el mundo de la docencia una equiparación entre el tratamiento que reciben en esta materia los profesores de colegios públicos y privados. Vista la justificación que para el legislador supuso esa reforma del régimen general y considerando que en esa diferenciación de trato se ampara uno de los razonamientos que justifican el sentido de este trabajo, es innegable situar como premisa el parangón que suponen ambos contextos. Uno no puede menos que terminar preguntándose si la situación social del colectivo sanitario, tanto en su ejercicio profesional a cargo de instituciones públicas como privadas, no justifica una reforma semejante a la acaecida con los profesores, a los fines de no crear disfunciones entre una medicina (la pública) y otra (la privada), que de mantenerse dicho esquema termina privilegiando la primera en defecto de la segunda, pues en una los médicos dispondrán de un margen de confianza que les permitirá un ejercicio profesional favorecedor de la práctica de nuevas terapias y tratamientos, mientras que la otra propiciará el recurso a la medicina defensiva.

Por tal motivo, abogo por una modificación de los arts. 1903 y 1904 del Código Civil, al igual que lo que aconteció en la reforma precedente de estos preceptos con la Ley 7/1991, lo que debe encaminar su reforma a conseguir la exención de la responsabilidad del médico al servicio de instituciones sanitarias públicas o privadas -cuando de una imprudencia leve se trate- y la configuración de un derecho de regreso basado en el requisito previo de la negligencia o culpa grave en el médico autor del daño. Si razones de índole social promovieron la exención sobre los profesores de educación no universitaria, con la misma vocación se impone dar idéntico paso con relación al colectivo médico, pues hemos de partir de la base de un sistema sanitario caracterizado por dos notas: una, la masificación de la prestación médica, que supone la interrelación de actos terapéuticos desenvueltos dentro de una organización compleja, donde la actividad del médico

---

para hacer frente a la medicina defensiva (...) La administración soportará el abono de las indemnizaciones por daños causados por funcionamiento normal y por funcionamiento anormal debido a culpa leve del personal a su servicio, pero probablemente su coste sea inferior al que resulta de una medicina dirigida a evitar responsabilidades personales”.

se despersonaliza precisamente por esa complejidad derivada de una atención múltiple al enfermo; y dos, la asimetría que supone una discriminación inadmisiblemente entre un médico que presta sus servicios en un centro público y otro que lo hace en uno privado, incluso respecto de estos últimos, pudiendo tratarse del producto de una nueva modalidad de la gestión sanitaria pública (concerto, convenio, fundación...), pues, en el primer caso, el conocimiento por los órganos jurisdiccionales administrativos supondrá la limitación del derecho de regreso para los casos de conducta dolosa o culposa grave en el actuar del médico, de forma que para el supuesto de imprudencia leve, el sistema sanitario asumirá sus consecuencias, mientras que en el resto de las formas organizativas de prestación sanitaria cualquier tipo de conducta anómala por parte del facultativo, siquiera siendo de carácter levisimo, legitimará al empleador para accionar en vía de regreso contra el médico. Las imprudencias leves, por esa complejidad del sistema sanitario, deben trasladarse de la órbita personal del médico a la de la propia organización en la que presta sus servicios.

Si el cambio operado en el año 1991 se acomodaba en razones de conveniencia social, la situación actual de los médicos debe promover en el legislador la misma actitud con respecto a este colectivo, pues, si cabe, su actuar resulta más expuesto a una reclamación que los propios profesores, el riesgo de que el daño se produzca es más elevado y, generalmente, sus efectos son más nocivos, al margen de que la situación económica del profesional sanitario –amparada en la mayoría de los casos por un contrato de seguro– también favorece la utilización de la acción de regreso por parte del empresario empleador. Por ello, si se está potenciado en amplios sectores de la población el recurso a fórmulas asistenciales privadas, e incluso parece que la orientación del Ejecutivo fomenta esa posibilidad (los incentivos fiscales son un claro ejemplo) quizás vaya siendo hora de provocar la aludida reforma.

Téngase en cuenta que, como se expuso más arriba, la medicina pública puede atender a pacientes privados, y la privada a pacientes públicos, entendiendo por éstos aquéllos a quienes cabe el derecho de reembolso que prevé la Ley General de la Seguridad Social. Desde el punto de vista profesional no existen diferencias que legitimen la diversidad de tratamiento de los médicos en una y otra actividad, lo que justifica el sentido de la reforma para evitar agravios que pueden suponer, incluso, una prestación sanitaria de peor calidad para el paciente –por el recurso a la medicina defensiva– y más onerosa para el profesional, ya que las diferencias de tratamiento también alcanzarán a la minusvaloración de su patrimonio sin que el daño llegue a materializarse, pues el gasto en medidas de previsión será mayor en razón de que el riesgo al ser más elevado impondrá necesariamente una prima en el seguro de responsabilidad profesional incrementada con relación a aquel facultativo que queda excusado de responder frente a terceros cuando su imprudencia sólo puede considerarse como leve.

## 6-.CONCLUSIÓN.

Hemos visto en la introducción de este trabajo como la evolución de la práctica médica ha sido la consecuencia de una continua búsqueda del bienestar individual y comunitario. Los avances en este terreno han supuesto una mayor esperanza y calidad de vida, por disponer de superiores “armas” contra la enfermedad e incrementarse las posibilidades de acceso a la prestación sanitaria. Cualquier similitud con la sociedad de hace 100 años, en este y otros aspectos, es pura coincidencia; buscar afinidades resulta infructuoso. De la misma forma, la construcción jurídica del contrato de servicios médicos o sanitarios, no puede ser tributaria de una elaboración que data de 1889 (fecha de publicación de nuestro Código Civil), pues la evolución de la sociedad obliga al legislador a renovar su contenido normativo, so pena de imponer normas obsoletas. Hasta ahora ha sido la Jurisprudencia quien, con innegable esfuerzo interpretador –al albur del art. 3º del C.C.- ha limado, cuan afanado ebanista, las aristas de nuestro desconchado Código. Sin negar el mérito de tantos y eminentes juristas, esa actividad -más propia de otros sistemas jurídicos- debería estar acompañada por idéntico esfuerzo del legislador, quien sin temor por restaurar las viejas obras de nuestro Derecho, pudiese acomodarlas a las exigencias de la actualidad. Con esa premisa he dado algunas pistas sobre el alcance de las posibles reformas, pretendiendo con ello que la SEGURIDAD JURIDICA en esta materia no se convierta en un “desideratum”. Lo contrario conlleva un inmovilismo que equivale a tanto como negar la herencia de Ramón y Cajal, Jiménez Díaz, Marañón...