

PEDRO RODRÍGUEZ LÓPEZ*Doctor en Derecho**Técnico de la Administración de la Seguridad Social***Extracto:**

El ejercicio de la medicina en España, al igual que en los demás países occidentales, ha observado en los últimos tiempos una clara evolución que viene determinada fundamentalmente por el paso de una asistencia médica artesanal, basada en la relación personal y confidente entre el médico y el enfermo, a la asistencia llamada social, es decir, basada en la socialización de la medicina. Consecuencia de ello la asistencia se presta en hospitales que, por su propio funcionamiento, son generadores de un riesgo que no debe referirse a los médicos que realizan la prestación sanitaria.

Éste es el fundamento del trabajo que ahora se presenta, donde se busca determinar específicamente la evolución del concepto jurídico de culpa aplicado al Hospital como generador de riesgos.

Sumario:

1. De la atención médica individual a la medicina colectiva y la atención hospitalaria.

2. La responsabilidad civil médico-hospitalaria. Planteamiento general.

3. La contractualidad o extracontractualidad de la responsabilidad por daños producidos en una actuación médico-hospitalaria.
 - 3.1. Posible existencia de un contrato en la actuación médico-hospitalaria.

 - 3.2. Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en la relación médico-hospitalaria.

4. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad por hecho propio.
 - 4.1. Factores de atribución. La culpa.

 - 4.2. La culpa en la responsabilidad hospitalaria.

5. El artículo 28 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Su aplicación a la asistencia médico-hospitalaria.

1. DE LA ATENCIÓN MÉDICA INDIVIDUAL A LA MEDICINA COLECTIVA Y LA ATENCIÓN HOSPITALARIA

En los últimos tiempos existe un claro desencuentro entre la sociedad y la profesión médica ¹. La trascendencia de la responsabilidad en la prestación sanitaria es uno de los puntos que más problemas genera a la sociedad occidental. El ejercicio de la medicina en España, al igual que en los demás países occidentales, ha observado en los últimos tiempos una clara evolución que viene determinada fundamentalmente por el paso de una asistencia médica artesanal, basada en la relación personal y confidente entre el médico y el enfermo, a la asistencia llamada social, es decir, basada en la socialización de la medicina ².

Asimismo, los avances técnicos también llegaron a la especialidad médica; por eso hoy día resulta imposible que un facultativo pueda dominar de forma completa el saber médico, lo mismo que resulta imposible no recurrir al trabajo en equipo ³. Esta actuación en equipos pluriprofesionales o multidisciplinares, hace difícil la precisión de responsabilidades individualizadas ⁴.

Además, cuando un enfermo acude al hospital, también contrata con la institución una serie de servicios tan variados como la hostelería (camas y comidas), la seguridad y buen funcionamiento de las instalaciones del edificio, y las propiamente sanitarias, con disponibilidad y actualización del material diagnóstico y terapéutico ⁵. El hospital se convierte de esta forma en un dato a tener en cuenta ⁶.

¹ Vid., A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*, Madrid 1997, pág. 43.

² J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid 1985, pág. 29.

³ M. CUETO PÉREZ, *Responsabilidad de la Administración Sanitaria*, Valencia 1998, pág. 151-152. En un sentido similar, E. PENACHO MARTÍNEZ, «El ordenamiento sanitario como factor de organización jerárquica atenuada», *Documentación Administrativa*, núm. 229, 1992, pág. 240.

Vid., J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Madrid 1995, pág. 17; P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos médicos, su responsabilidad penal y civil*, Barcelona 1997, pág. 343; o L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad civil del médico*, 1990, 147 ss.

⁴ En este sentido, E. ASÍN CARDIEL, «La responsabilidad del trabajo en equipo», en *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid 1995, pág. 353 ss.

⁵ Por ejemplo, J. J. CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad médica y psiquiatría*, 2.ª edición, Madrid 1998, pág. 56; o J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada 1997, pág. 301-303.

⁶ Vid. E. RUIZ VADILLO, «La responsabilidad civil y penal del médico», en *La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada*, Madrid 1994, pág. 65.

Éste será el centro de nuestro análisis, donde intentaremos dilucidar la responsabilidad civil en la que incurre un hospital por sus propias deficiencias, sin entrar en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* que pudiera tener por acciones de su personal.

2. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO-HOSPITALARIA. PLANTEAMIENTO GENERAL

No existen muchos campos del Derecho en los que se hayan suscitado últimamente mayores cambios que en el terreno de la responsabilidad médica y, en general, de todo el personal sanitario ⁷. El auge de la responsabilidad médica es un fenómeno propio de nuestros días ⁸, lo cual no quiere decir que no haya existido en la Historia ninguna preocupación por estos temas. Es precisamente la profesión médica la primera en elaborar sus códigos y normas deontológicas ⁹.

Hay que tener en cuenta que cualquier tratamiento médico, y con mayor frecuencia el quirúrgico, puede llegar a ocasionar resultados lesivos o menoscabo para la salud, la integridad (física o/psíquica) o, incluso, la vida ¹⁰. Por ello, la actuación médica constituye una actividad que por su propia naturaleza resulta fuente generadora de múltiples riesgos.

Como es obvio, nuestro Código Civil no contiene ningún precepto relativo a la responsabilidad médica ni siquiera al encuadramiento civil de esta profesión, y ello conduce a que la responsabilidad civil médica deba construirse sobre bases exclusivamente jurisprudenciales y doctrinales ¹¹.

La progresión en el número de reclamaciones contra la asistencia sanitaria, tanto pública como privada, es un fenómeno universal en los países con servicios sanitarios desarrollados, y tiene como causa probable la multiplicación de los actos médicos, el incremento de la complejidad de los medios de diagnóstico y el tratamiento y mejor definición y consolidación de los derechos de los pacientes ¹².

⁷ Por ejemplo, J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., pág. 9; o J. L. TEMES MONTES, en la obra conjunta, *Responsabilidad del personal sanitario* (Actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14, 15 y 16 de noviembre de 1994), pág. 27.

⁸ Vid., M. ALONSO PÉREZ, *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil (en torno a la lex artis)*, J.A. MORENO MARTÍNEZ (coordinador), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid 2000; J. M. BADENAS CARPIO, *La responsabilidad civil médica*, L. F. REGLERO CAMPOS (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra 2002, pág. 251; J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid 2001, pág. 17; o E. LLAMAS POMBO, «Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba», J.A. MORENO MARTÍNEZ (coordinador), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid 2000.

⁹ Por ejemplo, J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 20; o E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, 1.ª edición, Madrid 1988, pág. 5.

¹⁰ Por ejemplo, P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos...*, cit., pág. 11.

¹¹ Vid. J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., págs. 29-30.

¹² Vid. S. MUÑOZ MACHADO, «Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil)», en *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid 1995, págs. 190-191.

A la vez, existe un sentimiento generalizado de un cierto derecho a un resultado exitoso en cualquier tratamiento ¹³.

Asimismo, cuando un enfermo acude a un hospital para ser tratado del mal que le aqueja se produce una relación de enorme complejidad. El usuario de asistencia hospitalaria se encuentra en una posición jurídica estatutaria o reglamentaria ¹⁴. En el aspecto pasivo el ingresado en un hospital queda sometido a una potestad especial de sujeción –especialmente intensa, ya que toda su existencia pasa a desarrollarse en el hospital–, que se manifiesta en el sometimiento a la disciplina interna del centro (horarios, visitas, posibles sanciones, etc.) ¹⁵; junto a esta sujeción no podemos olvidar el deber de abonar los gastos ocasionados por la asistencia prestada ¹⁶.

A grandes rasgos, el concepto de responsabilidad civil giraría alrededor de la obligación de indemnizar el daño causado. La responsabilidad en general no viene a ser otra cosa que la asunción de las consecuencias de un daño normalmente traducidas en una estimación ¹⁷.

Desde un punto de vista muy esquemático existen tres modalidades de responsabilidad civil:

- a) Responsabilidad civil contractual.
- b) Responsabilidad civil extracontractual.
- c) Responsabilidad civil derivada de la responsabilidad penal.

Existe responsabilidad civil contractual cuando la obligación de reparar nace del incumplimiento de una relación jurídica previa inter partes; y existe responsabilidad extracontractual cuando la obligación de reparar el daño causado brota de la infracción del principio general *alterum non laedere* ¹⁸; la responsabilidad civil derivada de responsabilidad penal es un subgrupo de la responsabilidad extracontractual, y surgiría cuando la acción causante del daño se encontrase tipificada en la Ley penal. Prescindiendo de esta última, que excede del contenido de nuestro trabajo, debemos adentrarnos en la distinción para intentar entender la responsabilidad del centro hospitalario por su propio funcionamiento.

¹³ J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, cit., pág. 17.

¹⁴ Por ejemplo, F. J. VILLAR ROJAS. *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Barcelona, 1996, págs. 58-59.

En el Capítulo III analizaremos el estatuto del paciente ingresado en un Hospital Público.

¹⁵ Por ejemplo, J. PEMÁN GAVÍN. «Hacia un estatuto del enfermo hospitalario», en *Revista de Administración Pública*, 1984, núm. 103, enero/abril, págs. 89-91.

¹⁶ L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 158.

¹⁷ Vid. H. CAMPUZADO TOMÉ, *Nociones generales sobre responsabilidad civil*, Oviedo 1997, págs. 23-24.

¹⁸ Por ejemplo, STS de 30 de diciembre de 1980 (1980/1058).

3. LA CONTRACTUALIDAD O EXTRA CONTRACTUALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PRODUCIDOS EN UNA ACTUACIÓN MÉDICO-HOSPITALARIA

3.1. Posible existencia de un contrato en la actuación médico-hospitalaria.

La actuación del profesional de la medicina de forma individual y privada ha sido analizada desde diferentes perspectivas, sobre todo para establecer las obligaciones que al mismo médico se le imponen ¹⁹. En este punto se ha buscado el análisis de la relación del médico con el paciente como una relación contractual intentando encuadrar la responsabilidad del médico dentro de la responsabilidad del contrato ²⁰.

De esta forma, un importante sector de la doctrina parte de la hipótesis de la existencia de un contrato entre el médico y el paciente ²¹. Según un sector doctrinal ²², son dos las objeciones que se oponen a la existencia de contrato:

- a) Ilícitud del objeto por tratarse del cuerpo humano, y
- b) Carácter no reglado de la profesión liberal ²³.

No obstante, la posibilidad de existencia de un contrato por el que el médico se obliga ante el paciente a prestarle sus cuidados dirigidos a la conservación o mejora de su salud, es decir, a la sanación de la enfermedad, es hoy generalmente admitida, una vez desechados los viejos prejuicios que se oponían a ello con base en la categoría intelectual de la profesión médica ²⁴.

Así, aunque con posterioridad analizaremos la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, lo cierto es que, en un principio, no me parece imposible la existencia de contrato entre médico y paciente ²⁵, lo que nos lleva a intentar conocer el tipo en el que encajaría este contrato.

¹⁹ Vid. J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 163 y ss.

²⁰ Así, A. SÁNCHEZ GÓMEZ, *La responsabilidad civil médica: Aspectos más relevantes del contrato de servicios médicos y del contrato de servicios hospitalarios*, Tesis doctoral de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID dirigida por R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Madrid 1996, pág. 3, apunta un dato importante, el hecho de que no existe una delimitación concreta de las obligaciones de dicho contrato, hecho potenciado por la falta de regulación legal.

²¹ Vid., E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 116; o M. GITRAMA GONZÁLEZ, «Configuración jurídica de los servicios médicos», *Estudios de Derecho Público y Privado*, homenaje al Profesor SERRANO. Tomo I. Valladolid 1966, pág. 341.

²² Vid., E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 205 y ss.

²³ J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., págs. 28-29.

²⁴ J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 120.

²⁵ Vid., J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 123.

Se ha buscado, en este sentido, el tipo de contrato aplicable en los casos de relación contractual entre el médico y el paciente, en este sentido se han barajado tipos como el mandato²⁶, el arrendamiento de obra²⁷, el contrato innominado²⁸, el arrendamiento de empresa²⁹, o el arrendamiento de servicios³⁰, así, la relación profesional entre el médico y su paciente viene calificándose por la mayoría de la doctrina como contrato de servicios, definido en el artículo 1.544 del Código Civil, pero no regulado por este cuerpo legal³¹. Se indica así que la obligación del prestador de servicios es de medios, pues se compromete a realizar determinada actividad con pericia, es decir, con la diligencia exigible a un buen profesional, lo que hace prever un buen fin, aunque no lo garantice³². El citado contrato sería un contrato bilateral, oneroso, *intuitu personae*, y de tracto sucesivo³³; a la vez suele ser un contrato tácito o verbal³⁴.

Partiendo de esta estructura contractual individual, lo que aquí interesa es determinar el régimen de responsabilidad hospitalaria. Resulta innegable la cada vez mayor proliferación de sociedades empresariales dedicadas a la prestación de servicios sanitarios. Así las cosas, cuando estamos hablando de un acto quirúrgico, lo habitual es la intervención de hospitales constituidos como per-

²⁶ Nuestro TS en Sentencias de 22 de febrero y 14 de junio, ambas del año 1907, se pronuncia a favor de la tesis del mandato. No obstante, ya en Sentencia de 27 de diciembre de 1915 trató de conjugar el mandato retribuido y el arrendamiento de servicios. De todas formas, esta tesis está abandonada en la actualidad por la generalidad de la doctrina.

Vid. J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 129 y ss.; o J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 31; o E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 117.

²⁷ Si bien la STS de 11 de febrero de 1997 (1997/258) incluyó la cirugía satisfactiva dentro de ese tipo de contratos, en general, se considera que los servicios médicos no encajan en la tipología estudiada.

²⁸ J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2, Barcelona 1956, pág. 386 y ss., donde critica la discusión entre mandato y arrendamiento de servicios, y concluye que «la calificación de contrato innominado es muy razonable». No obstante, como ha señalado ATAZ LÓPEZ (*Los médicos...*, cit., págs. 138-139), la 2.ª edición de dicha obra, Barcelona, 1982, pág. 433 y ss., cambia de dirección, para entender, con buen criterio a nuestro juicio, que el contrato médico se encuadra unas veces en el arrendamiento de obra y otras en el de servicios.

Asimismo, M. GITRAMA GONZÁLEZ, «Configuración...», cit., parece inclinarse por esta opción.

²⁹ Sobre el tema, J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 36.

³⁰ M. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Volumen I, Barcelona 1989; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, Tomo 3, Madrid 1986; J.L. LACRUZ BERDEJO, F. de A. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil II*, Vol. I, cit.; E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 125; o J. SANTOS BRIZ, *Comentario...*, cit.

³¹ *Vid.* J. SANTOS BRIZ, *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, M. ALBALADEJO (director), *Comentario al Código Civil*, pág. 535; F. JORDANO FRAGA, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *Revista General de Legislación jurisprudencia*, 1985, Tomo XC, págs. 29-104, o J. M. MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*, Madrid 1998, pág. 214 y ss.

³² En este sentido, se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996 (1996/8617) y 25 de enero de 1997 (1997/27), entre otras muchas. *Vid.* L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Comentario a la Sentencia de 11 de febrero de 1997», en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, pág. 669.

³³ *Vid.* J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 151 y ss.; E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 142-146; o J. SANTOS BRIZ, *Comentario...*, cit., pág. 536.

³⁴ En este sentido, J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 24. M. GITRAMA GONZÁLEZ, «Configuración...», cit., pág. 327. E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 198. MARTÍNEZ-CALCERRADA, *Derecho médico*. Vol. I, Madrid 1986, pág. 122. J. SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1984, julio-agosto, pág. 666. M. YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la STS de 22 de febrero de 1991», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 26, págs. 400-401, y el mismo autor en «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1991, núm. 603, pág. 473.

sonas jurídicas bajo muy diversas formas. En estos supuestos la actuación por mala praxis puede extenderse del médico al centro en el cual se verificó la prestación ³⁵.

El problema ha sido afrontado, especialmente, en el campo penal ³⁶, bajo los criterios de principio de confianza y de división del trabajo ³⁷. Ambos principios permiten delimitar los deberes de diligencia y cuidado en la actividad desarrollada por el equipo y por el hospital ³⁸.

Cuando un enfermo acude a un hospital privado contrata de forma tácita dos tipos de servicios diferentes: los servicios del médico y del resto del equipo y personal auxiliar y los servicios generales del hospital. El enfermo que va a un hospital tiene como objetivo primordial el cuidado de su salud y ese servicio le debe ser prestado principalmente por el médico y por el resto del personal sanitario ³⁹.

En la sanidad privada la vinculación con el paciente puede revestir varias formas que por su frecuencia se materializan en tres posibles modalidades:

- a) Un contrato entre la clínica y el paciente,
- b) 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 ⁴⁰, y
- c) 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, y en el tercero el vínculo es contractual con el médico y extracontractual con la institución ⁴¹.

³⁵ Por ejemplo, E. MOURE GONZÁLEZ, «Condiciones actuales de la responsabilidad civil del médico. Propuesta para una reforma del sistema», en J. M. GÓMEZ Y DÍAZ-CASTORVERDE Y F. J. SANZ LARRUGA (directores), *Lecciones de Derecho Sanitario*, A Coruña 1999, págs. 673-674.

³⁶ En este sentido, la STS (Sala Segunda) de 11 de marzo de 1996 (1996/1739).

³⁷ Sobre el mismo, véase P. GÓMEZ PAVÓN, *Tratamientos...*, cit., págs. 345-349.

³⁸ Vid. M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, Valencia 1997, págs. 78-79.

³⁹ Por ejemplo, J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 208; J. J. CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad...*, cit., pág. 54; o J. M. MARTÍN BERNAL, *Responsabilidad...*, cit., pág. 201 y ss.

⁴⁰ Vid., STS de 19 de junio de 2001 (2001/15207).

⁴¹ Por ejemplo, E. MOURE GONZÁLEZ, «Condiciones...», cit., pág. 683.

3.2. Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en la relación médico-hospitalaria.

Autorizada doctrina ⁴² reconoce la igualdad de principios fundamentales de la infracción contractual y de los actos ilícitos: en ambos tiene lugar la imputación del daño fundamentalmente según el principio de la culpa. También son idénticos en ambos casos los conceptos de la misma culpa, de la antijuridicidad y de la causación.

No podemos olvidar que, sucedido un daño de los que se sitúan en el área económica común a ambas responsabilidades, la situación creada puede definirse de la siguiente manera: existen dos grupos de normas, referidas a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual, que resultan aplicables al caso; los regímenes establecidos por ambos grupos de normas presentan coincidencias, pero también divergencias ⁴³.

Ello conlleva la concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual, que se produce, según GARCÍA VALDECASAS ⁴⁴, «cuando, en el hecho causante del daño, concurren, al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro» ⁴⁵. A modo de definición, puede decirse, entonces, que nos encontramos ante un caso de concurrencia de responsabilidades siempre que un hecho pueda incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual (art. 1.101 y ss. CC) y en el supuesto de hecho de la responsabilidad extracontractual (art. 1.902 y ss. CC) ⁴⁶. Esto no significa, en ningún caso, exigir dos responsabilidades ⁴⁷.

El principal problema que genera es el de determinar cuál –una, otra o las dos– de las normas en concurso ⁴⁸ regirá el evento enjuiciado. Nos encontramos, por tanto, ante una concurrencia no acumulativa y no resuelta legislativamente o, lo que es lo mismo, ante un conflicto de normas. En

⁴² Cfr. NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 15.ª edición, 1960, pág. 1.338 y ss. Recogido por J. SANTOS BRIZ, *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, cit., pág. 102; F. JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid 1987, págs. 306-307, o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., pág. 79 y ss.

⁴³ En este sentido, S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid 1992, pág. 59.

⁴⁴ G. GARCÍA VALDECASAS, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español*, 1962, pág. 833.

⁴⁵ Vid. F. PANTALEÓN, «Artículo 1.902» en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, L. DíEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, P. SALVADOR CODERCH (directores), *Comentario del Código Civil*, 2.ª edición, Madrid 1993, pág. 1.977.

⁴⁶ Asimismo, se pronuncian en este sentido S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia...*, cit., pág. 5.

⁴⁷ STS de 30 de diciembre de 1980 (1980/1058). En este sentido, se pronuncian DELGADO ECHEVERRÍA, *La culpa contractual*; L. DíEZ-PICAZO, «El problema de acumulación de la responsabilidad contractual y delictiva en el Derecho español», en *Ponencias españolas del VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Barcelona 1962, pág. 59 y ss.; G. GARCÍA VALDECASAS, *El problema...*, cit., pág. 831 y ss.; o J.L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil II*, cit.

⁴⁸ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, *La culpa contractual*; L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 46; o J.L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, J. DELGADO ECHEVERRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Civil II*, cit.

suma, nos encontramos ante un grupo de hechos merecedores de una doble calificación, como daño contractual y como daño extracontractual, que conduce a una dualidad de regímenes ⁴⁹.

En el fondo el problema que late entre una y otra responsabilidad es el distinto régimen jurídico de cada una. ¿Cuáles son entonces las diferencias más importantes entre la responsabilidad contractual y extracontractual? En opinión de FERNÁNDEZ HIERRO ⁵⁰ son dos: la solidaridad que existe en la responsabilidad extracontractual, que en la contractual no se presume, y los distintos plazos de prescripción ⁵¹.

Para enfrentarse a esta concurrencia de regímenes se han arbitrado infinidad de teorías ⁵², tales como el principio de unidad de culpa civil ⁵³; las tendencias a la redefinición de la responsabilidad contractual ⁵⁴; el sistema opcional ⁵⁵; las fórmulas que compendian varias soluciones heterogéneas para alcanzar soluciones justas ⁵⁶; la teoría del concurso de normas, o la teoría de la no acumulación.

Siendo ésta la situación, son muchas las razones que llevan a gran parte de la doctrina más moderna a sugerir un acercamiento entre las dos esferas de la responsabilidad civil, y como *desideratum*, la unificación de los regímenes de resarcimiento ⁵⁷.

A la luz del desarrollo legislativo y jurisprudencial en las materias examinadas, podemos afirmar que no existen diferencias, con entidad práctica, que puedan predicarse, con carácter general, de la responsabilidad contractual y la extracontractual, ni respecto de los criterios de imputación, ni respecto del contenido del principal criterio de imputación (la culpa), ni respecto de la distribución de la carga de la prueba. Existen, sin embargo, en materia de definición de la culpa y de establecimiento de criterios obje-

⁴⁹ S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia...*, cit., pág. 61.

⁵⁰ J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 58.

⁵¹ *Vid.*, L.F. REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», cit., pág. 44.

⁵² *Vid.*, L. DíEZ-PICAZO, *Derecho...*, cit.

⁵³ Donde se propone unificar los dos bloques y entender que la distinción es inútil.

Ejemplo de esta postura es F. JORDANO FRAGA, «La responsabilidad...», cit., págs. 306-307.

Cfr., L.F. REGLERO CAMPOS, «Conceptos generales y elementos de delimitación», L.F. REGLERO CAMPOS (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra 2002, pág. 48 y ss.; o M. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia», *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 1, enero-junio 2001, pág. 35 y ss.

⁵⁴ En su doble versión:

- Ampliar la responsabilidad contractual incluyendo la responsabilidad por daños consecuencia del desarrollo de obligaciones de carácter no contractual pero previamente existente entre las partes.
- La segunda línea, mucho más acusada y repetida *ad nauseam* en las sentencias del Tribunal Supremo es la que restringe la órbita de la responsabilidad contractual para dar mayor cancha a la extracontractual.

⁵⁵ En la jurisprudencia española, donde esta tesis ha tenido acogida en un buen número de sentencias (SSTS de 18 de febrero de 1997 (1997/326), 12 de mayo de 1997 (1997/3578), 6 de mayo de 1998 (1998/3157)), se define el sistema opcional diciendo que cuando un hecho dañoso viola al mismo tiempo una obligación contractual y sin deber general, se produce una yuxtaposición de responsabilidades y surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente. *Cfr.*, L. F. REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», cit., pág. 48 y ss.

⁵⁶ L. DíEZ-PICAZO, *Derecho...*, cit., págs. 267-268.

⁵⁷ *Cfr.* M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., pág. 83. Asimismo, del mismo autor, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid 1989.

tivos de imputación, diferencias en supuestos particulares, legislativamente discriminados. En unos casos, la responsabilidad extracontractual resulta más estricta (por ejemplo, responsabilidad automovilística) mientras que en otros lo es la contractual (arts. 1.783 y 1.784 CC, por ejemplo) ⁵⁸.

Obviamente, puede existir un riesgo, que si se ejercita una acción por un tipo de responsabilidad y el Tribunal entendiera que la que corresponda es la otra, desestime la demanda o, en caso de ser estimada fuera revocada la sentencia recaída por incongruente: así se ha pronunciado el TS en una serie de fallos ⁵⁹, aunque en algunos más recientes ha concluido que en tales hipótesis no había incongruencia porque los hechos base serían los mismos. La STS de 18 de febrero de 1997 (1997/326) señala que el hecho de sostener la acción solamente en culpa contractual o viceversa no es óbice para que el Tribunal cambie la fundamentación de la misma sin incurrir en incongruencia ⁶⁰.

La jurisprudencia de nuestro TS no se presta fácilmente a conclusiones firmes. Como ocurre, en general, tratándose de responsabilidad civil, el TS atiende más a la solución equitativa del caso particular que a uniformar la interpretación judicial a través de la doctrina jurisprudencial. Por encima de las declaraciones contenidas en los considerandos, por tanto, me parece preciso atender a los resultados del recurso y a la manera en que debe calificarse la responsabilidad, como contractual o como extracontractual, para obtenerlos ⁶¹.

Ahora bien, aunque el TS no ha sentado una doctrina uniforme al respecto, pueden observarse criterios consolidados en algunos puntos ⁶²: el principio general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual. Pero esa regla comporta un buen número de excepciones: como declara la jurisprudencia, a veces, no se precisa la existencia de contrato, para que la responsabilidad contractual opere necesariamente, con exclusión de la extracontractual, cuando también se da el supuesto originador de esta última, pues no cabe olvidar que los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 son aplicables a toda clase de obligaciones.

Así, si bien en nuestro Ordenamiento civil, de la misma forma que en la mayor parte de los europeos, se establece una distinción entre los daños derivados del incumplimiento de una prestación de carácter contractual (art. 1.101 y ss.) de aquellos otros sobrevenidos sin que entre las partes medie una relación jurídica, al menos en el específico ámbito en que se han producido los daños (art. 1.902 y ss.) ⁶³; tales distinciones doctrinales han tratado de ser superadas, tal como hemos visto, por el Tribunal Supremo en base a un tratamiento unitario del daño ⁶⁴.

⁵⁸ S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia...*, cit., pág. 30.

⁵⁹ Por ejemplo, SSTS de 1 de junio de 1985 y 13 de octubre de 1986.

⁶⁰ Vid. J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., págs. 66-67.

⁶¹ S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia...*, cit., págs. 127-128.

⁶² Vid. J. MORENO CARRILLO, «Situación actual de la responsabilidad civil». *Revista General de Derecho*, Año L, núms. 598-599. 1994, págs. 7.744-7.745.

⁶³ Por ejemplo, F. REGLERO CAMPOS, «Responsabilidad contractual...», cit., pág. 27.

De esta forma, en oposición a la responsabilidad o culpa contractual existiría una responsabilidad o culpa extracontractual que se caracterizaría por la inexistencia de vínculo obligatorio o relación jurídica preexistente entre el autor del daño y la víctima del mismo.

Vid. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, editorial: Reus S.A., Madrid 1988, págs. 938-939.

⁶⁴ J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 57.

Admitida la posibilidad de concurso de responsabilidades, lo cierto es que en ambas se deben exigir los mismos requisitos:

- a) Acción ilícita (en un concepto amplio de actuación dentro o fuera del contrato).
- b) Daño cierto.
- c) Relación de causalidad entre las anteriores.

Por ello GONZÁLEZ MORÁN ⁶⁵ considera que las grandes distancias que en el plano de la delimitación conceptual existen se truncan en cercanía e incluso en identidad cuando ha de procederse a su aplicación resarcitoria: de hecho, las grandes fronteras entre ambas responsabilidades en cuanto a la diligencia exigible (y por tanto, la culpa) el ámbito de reparación y la carga de la prueba se han borrado en la relación práctica del derecho ante los Tribunales.

Nuestro TS ⁶⁶ se ha encargado de atribuir a cualquier perjudicado, y dentro de ellos al perjudicado por acto médico la posibilidad de optar por la acción de resarcimiento con base en la culpa contractual o con base en la culpa extracontractual, dado que en los supuestos de responsabilidad del médico pueden concurrir ambos aspectos, al tener ésta, además de las obligaciones del contrato, la obligación de no dañar.

En el sentido de yuxtaposición se pronuncian también las Sentencias de 6 de mayo de 1998 (1998/3157), 28 de diciembre de 1998 (1998/30716), 30 de diciembre de 1999 (1999/39950) ⁶⁷. Por ello se considera que la simple aportación de los hechos al procedimiento, por parte del perjudicado, deja plena libertad al Tribunal para acomodar el supuesto, bien en el ámbito contractual, bien en el extracontractual ⁶⁸.

El problema es que la jurisprudencia del TS no ha sido unívoca: en unos casos mantiene el principio de libertad de elección por el demandante, en otros la prioridad de la responsabilidad extracontractual y finalmente en un tercer grupo la de la contractual completada por la extracontractual, aun cuando esta última es la tónica predominante dentro de la jurisprudencia; e incluso da la impresión de que el deseo de obtener una solución favorable al perjudicado y la forma de elección de la

⁶⁵ L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 36.

⁶⁶ SSTS de 11 de marzo de 1996 (1996/953), 18 de febrero de 1997 (1997/326), o 18 de junio de 1998 (1998/8653).

⁶⁷ En igual sentido, SSTS de 7 de febrero de 1990 (1990/1168), 6 de octubre de 1992 (1992/9700), 15 de febrero de 1993 (1993/1392), 22 de mayo de 1995 (1995/2425) y 11 de marzo de 1996 (1996/953).

⁶⁸ *Vid.* M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pág. 95. Así se pronuncian SSTS como la de 27 de septiembre de 1994 (1994/8029), 16 de mayo de 1988 (1988/4132), 6 de octubre de 1992 (1992/9700), 15 de febrero de 1993 (1993/1392), 15 de marzo de 1993 (1993/2579), o 18 de febrero de 1997 (1997/326). Sobre esta última sentencia, M. YZQUIERDO TOLSADA, «La responsabilidad...», cit., pág. 36.

acción por éste ha podido contribuir a diseñar unas variables jurisprudenciales que, si no es por tales premisas, tendrían difícil justificación en su amplia variedad de soluciones ⁶⁹.

Entrando en la responsabilidad médico-hospitalaria, por todo lo anterior, no podemos perder de vista que en la temática de la responsabilidad civil del médico concurren conjuntamente la vertiente contractual y la extracontractual, pues el médico además de estar obligado a cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar la más genérica obligación de no causar daño a otro, consagrada en el 1.902 del Código Civil.

A los limitados efectos de este trabajo ⁷⁰, tres son las notas que debemos considerar para determinar el tipo de responsabilidad a aplicar ⁷¹:

1. La responsabilidad contractual requiere una relación jurídica previa, pero sobre todo un medio *ad hoc* de resarcimiento ⁷².
2. El alcance de la responsabilidad contractual queda limitado a los daños por incumplimiento de la obligación principal.
3. La compatibilidad e integración de uno y otro régimen de responsabilidad.

Coincido con la parte de la doctrina considera, basándose en la copiosa jurisprudencia que existe al respecto, que entre el médico y el paciente puede existir un contrato de servicios, pero cuando el incumplimiento del contrato trae consigo la lesión de los derechos de la personalidad del paciente estaría justificado aplicar las reglas extracontractuales ⁷³. Este concepto tiene su fundamento en que cuando el profesional no hace uso de los recursos propios de la *lex artis*, está incumpliendo imperativos legales y profesionales que van más allá de la responsabilidad contractual, esto será analizado posteriormente.

Además, 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

⁶⁹ Por ejemplo, J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 66. Nuestro TS se ha encargado de atribuir al perjudicado por acto médico la posibilidad de optar por una acción u otra, lo que no parece admitir es la denominada *mutatio libelli*, esto es, una vez que opta el perjudicado por el ejercicio de la acción, contractual o extracontractual, no es admisible su modificación en el proceso.

Vid. M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pág. 33.

⁷⁰ La responsabilidad del centro hospitalario adscrito al Sistema Nacional de Salud.

⁷¹ Coincidiendo con F. J. VILLAR ROJAS. «La responsabilidad...», cit., pág. 65.

⁷² Vid. L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 34.

⁷³ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil II-3*, cit., pág. 133; o J. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Vol. I, 6.ª edición 1991, pág. 715. Algo que es considerado completamente fuera de lugar por M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., págs. 85-96.

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 previa y estatutaria, cuyo origen es la propia norma, que luego analizaremos ⁷⁴.

Sus derechos y deberes son delimitados por normas jurídico-públicas, sin que resulten de contrato alguno ni con la entidad pública o privada donde reciba las prestaciones, ni con el profesional sanitario –o el conjunto de profesionales– que le atienda. Las prestaciones a que tiene derecho, sus garantías, y las obligaciones que debe cumplir, se establecen en la propia ley y en el reglamento del servicio, sin que ello sea obstáculo para la remisión a la voluntad de las partes de alguno de los aspectos del funcionamiento del servicio, ni para la existencia de una relación contractual respecto a servicios de índole complementario que no formen parte del haz de prestaciones objeto del servicio ⁷⁵. Por ello, creo firmemente que en el supuesto de daños por actuación médico-hospitalaria la responsabilidad sería extracontractual.

4. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD POR HECHO PROPIO

La responsabilidad del centro hospitalario, como responsabilidad que es, trae su causa y tiene su origen en las normas genéricas que contiene nuestro Código Civil, por lo que resulta de enorme interés analizar la responsabilidad civil en general, para poder comprender la responsabilidad civil hospitalaria del centro público.

La responsabilidad por hecho propio es aquella responsabilidad en la que la persona obligada a indemnizar o reparar el daño es la misma que lo ha producido.

La responsabilidad por hechos propios tiene una serie de elementos ⁷⁶ o requisitos que se pueden clasificar en objetivos, subjetivos y causales. Los requisitos objetivos serían la existencia de una acción u omisión ⁷⁷, la ilicitud o antijuridicidad de la misma ⁷⁸ y la producción de un daño ⁷⁹; el ele-

⁷⁴ Vid. E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 205, o E. MOURE GONZÁLEZ, «Condiciones...», cit., págs. 672-673. En igual sentido, STS de 11 de junio de 2001 (2001/7710).

⁷⁵ F.J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad...*, cit., págs. 58-59.

⁷⁶ Vid., L.F. REGLERO CAMPOS, «Conceptos...», cit., pág. 34 y ss.

⁷⁷ Por todos, J. SANTOS BRIZ, «Comentario...», cit., pág. 101 y ss; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, Madrid 2001. págs. 109-110.

⁷⁸ Por todos, J.M. BUSTO LAGO, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid 1998; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, Tomo IV, Madrid 1988, pág. 943; L. DIEZ-PICAZO, *Derecho...*, cit., pág. 65; J. SANTOS BRIZ, «Comentario...», cit., pág. 107 y ss; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., págs. 110-118.

⁷⁹ Por todos, J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 317 y ss.; A. DE CUPIS, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, Barcelona 1975; L. DIEZ-PICAZO, *Derecho...*, cit., págs. 287-289; S. GALLEGO RIESTRA, «Prueba y valoración del daño en la asistencia sanitaria», en *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid 1995, pág. 419 y ss; J. SANTOS BRIZ,

.../...

mento causal sería la relación de causalidad entre el daño y la acción⁸⁰, y el elemento subjetivo sería la existencia de culpa⁸¹. Nuestro interés primordial se basa en la culpa, por lo que nuestro análisis se ceñirá a su estudio.

4.1. Factores de atribución. La culpa.

Si bien el Código Civil (al igual que el Código de Comercio) se inspira en un concepto de culpa basado en la falta de diligencia exigible, en la responsabilidad extracontractual se inicia una tendencia hacia la responsabilidad objetiva a través de la corrección del subjetivismo (deberíamos decir culpabilismo)⁸² que venía siendo aplicado⁸³.

Nuestro TS no ve con malos ojos la responsabilidad objetiva⁸⁴. La doctrina de nuestros Tribunales comienza a instrumentalizar, en aras de una mayor cobertura del daño, atemperaciones extraordinarias. Son cuatro los instrumentos utilizados por los diversos Tribunales⁸⁵:

- a) Teoría de la prueba *prima facie*. Que sólo exige una prueba *prima facie* del daño y de la relación de causalidad, correspondiendo al demandado probar lo contrario⁸⁶.
- b) Atenuación del rigor probatorio cuando el resultado es inusual⁸⁷.
- c) Inversión de la carga de la prueba⁸⁸.

.../...

«Comentario...», *cit.*, pág. 154 y ss.; F. SOTO NIETO, «Daños derivados de negligencia médica. Tendencia progresiva hacia el establecimiento de un sistema de baremos», en *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid 1995, pág. 517 y ss.; E. VICENTE DOMINGO, *El daño*, L.F. REGLERO CAMPOS (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra 2002; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, *cit.*, págs. 143-148.

⁸⁰ Por todos, L. DIEZ-PICAZO, *Derecho...*, *cit.*, págs. 331-349; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, *cit.*, págs. 187-213.

⁸¹ Con independencia de lo que ahora trataremos, por todos, J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil...*, tomo 4, *cit.*, pág. 943-958; L. DIEZ-PICAZO, *Derecho...*, *cit.*, págs. 351-366; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, *cit.*, págs. 225-238.

⁸² E. LLAMAS POMBO, *Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 299 y ss.

⁸³ Por ejemplo, SSTs de 17 de diciembre de 1986 (1986/8382), o de 16 de febrero de 1988 (1988/1248).

⁸⁴ Por ejemplo, S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona 1987, pág. 21.

⁸⁵ J.L. BARRÓN DE BENITO «Los criterios de imputación y la determinación del daño en la responsabilidad civil de los abogados», dentro del *Ciclo de Conferencias sobre las Fronteras de la Responsabilidad en el siglo XXI*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid del 20 al 30 de abril de 1998. En igual sentido, L. DIEZ-PICAZO, *Derecho...*, *cit.*, pág. 187; o A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado*, editorial Dickinson, Madrid 1997, pág. 68.

⁸⁶ *Vid.* L. DIEZ-PICAZO, *Derecho...*, *cit.*, pág. 122; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, *cit.*, pág. 220.

⁸⁷ STS de 2 de diciembre de 1996 (1996/8619).

⁸⁸ Por ejemplo, S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, *cit.*, pág. 65 y ss.; L. DIEZ-PICAZO, *Derecho...*, *cit.*, pág. 123; F. GÓMEZ POMAR, «Carga de la prueba y responsabilidad objetiva». *InDret*, núm. 1/01; JORDANO FRAGA, *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 252; R. VALLS PORTOLL, «El Derecho de Daños en la práctica actual», L. RIBÓ DURÁN (coordinador), *Derecho de Daños*, Barcelona 1992, pág. 71 y ss.; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, *cit.*, pág. 221.

.../...

d) Teoría de la mejor posición probatoria (cuando se produce una actividad obstativa del demandado para que no se pruebe la culpa) ⁸⁹.

A esto hay que añadir el progresivo aumento de la diligencia exigible ⁹⁰, en algunos casos con la adopción de la teoría del riesgo ⁹¹; la regla *pro damnato* ⁹², o favorecimiento de las indemnizaciones, o la regla *cuius commoda eius incommoda* como fundamento de la ampliación de la responsabilidad, mezclada con la idea de realidad social acogida en el artículo 3 del Código Civil ⁹³.

Desde el punto de vista de la responsabilidad, no podría entenderse la responsabilidad hospitalaria sin conocer cómo inciden los criterios comunes de responsabilidad sobre el quehacer médico. En este sentido, «los profesionales sanitarios, como cualesquiera otros, están obligados por el derecho común a actuar responsablemente en el ejercicio de su profesión, evitando tanto la imprudencia como la ignorancia, la impericia y la negligencia. Esta responsabilidad jurídica de los profesionales sanitarios es básica» ⁹⁴.

Cuando un profesional de la medicina actúa en el tráfico social, un comportamiento dañoso por parte del mismo puede suponer una omisión de diligencia común –que sería culpa médica exclusivamente por la condición profesional de su autor–, un atentado contra las técnicas médicas –culpa

.../...

Con la expresión «carga de la prueba» no se quiere significar tanto la necesidad de realizar un «esfuerzo procesal» en la aportación de medios de prueba, como la atribución del riesgo de que, a falta de prueba, un hecho se dé por existente o inexistente. Ello es particularmente cierto en materia de responsabilidad extracontractual por daños accidentales, donde, realice el «esfuerzo probatorio» la víctima o la haga el demandado, se producen importantes lagunas fácticas.

Es claro que la inversión de la carga de la prueba implica una presunción de culpa que obliga, para la exoneración de responsabilidad, a acreditar que el daño causado es una consecuencia inevitable por haberse adoptado toda la diligencia exigible para evitarlo. Entonces, dicha inversión constituye, digamos, un mecanismo más drástico por la presunción de culpa que comporta. Un ejemplo de ello son las SSTs de 15 de febrero de 1993 (1993/1392), 24 de enero de 2002 (2002/440), o 11 de junio de 2002 (2002/22228).

Vid. A. SÁNCHEZ GÓMEZ, «Comentario STS de 2 de diciembre de 1996», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 1997, pág. 346 y ss.

⁸⁹ STS de 27 de junio de 1997 (1997/4860). Vid. A. SÁNCHEZ GÓMEZ, «Comentario STS de 2 de diciembre de 1996», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1997, pág. 349 y ss.; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., pág. 228.

⁹⁰ Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., págs. 78-80; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, cit., pág. 222, con mención de la Sentencia de 13 de julio de 1999 (1999/13288). Vid., SSTs de 7 de julio de 1997 (1997/4826), de 9 de junio de 1989 (1989/5864), de 16 de diciembre de 1988 (1988/9891), 8 de octubre de 1996 (1996/6971), de 21 de marzo de 2000 (2000/5898), de 16 de enero de 2002 (2002/272), de 24 de enero de 2002 (2002/440) o de 11 de junio de 2002 (2002/22228).

⁹¹ N. ÁLVAREZ LATA, «Responsabilidad civil por actividades empresariales en sectores de riesgo», L. F. REGLERO CAMPOS (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra 2002, pág. 307 ss; S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pág. 27 - 28; L. Díez-PICAZO, *Derecho...*, cit., pág. 123; F. GÓMEZ POMAR, «Carga...», cit.; A. ORTÍ VALLEJO, «Responsabilidad civil en la práctica de actividades de riesgo», L. F. REGLERO CAMPOS (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra 2002, pág. 331 ss; o R. VALLS PORTOLL, «El Derecho...», cit., pág. 71. Por ejemplo, SSTs de 29 de abril de 2002 (2002/12097), 15 de julio de 2002 (2002/27767) o de 19 de julio de 2002 (2002/28320).

⁹² Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pág. 24-25.

⁹³ Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pág. 28 y ss.; o L. Díez-PICAZO, *Derecho...*, cit., págs. 124-125. El incremento de las actividades peligrosas consiguiente al desarrollo de la técnica sirve de base al TS para interpretar las normas de responsabilidad según «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», tal como dispone el artículo 3.1 del Código Civil.

⁹⁴ D. GARCÍA, «Ética y responsabilidad profesional», en *La responsabilidad de los médicos y Centros Hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad pública y privada*, Fundación Ciencias de la Salud, Madrid 1994, pág. 61.

médica en sentido estricto—, o una contravención de los deberes médicos en sentido deontológico o, en otras palabras, de los deberes que integran el humanismo médico ⁹⁵.

Todas ellas con consecuencia de una actuación del médico, pero no a todas podemos considerarlas consecuencia de un actuar culpable desde el punto de vista médico; esto es, no podemos incluir todas estos comportamientos dentro del concepto de culpa médica.

La culpa médica es, como toda culpa, la falta de diligencia o previsión ⁹⁶, pudiendo definirse la misma como «la infracción por parte del médico o del cirujano, de algún deber propio de su profesión, y, más concretamente, del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» ⁹⁷.

Ahora bien, aunque el criterio objetivador de la responsabilidad, consecuencia de la reinterpretación de la norma por parte de la jurisprudencia es el criterio general, cuando hablamos de la responsabilidad médico-sanitaria ⁹⁸ entramos en uno de los reductos en que no se había dejado sentir esa tendencia, aunque de un tiempo a esta parte se aprecian síntomas que parecen denotar un cierto cambio de actitud en el TS ⁹⁹.

La jurisprudencia ha establecido algunas reglas especiales que conducen a una aplicación más estricta de la noción «culpa o negligencia», con menos variaciones en la interpretación original de los preceptos civiles donde se establecen los criterios para determinar la existencia de responsabilidad ¹⁰⁰. Las reglas esenciales para el establecimiento de la responsabilidad son ¹⁰¹:

1. La obligación de los profesionales sanitarios, de los médicos en particular, con sus pacientes, no es de resultado ¹⁰². Esto es, los médicos están obligados a desarrollar una

⁹⁵ E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 218-220.

Cfr., T. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Elementos...*, cit., pág. 101 y ss.

⁹⁶ Vid. J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 97; o J.A. GARCÍA CARIDAD, «La responsabilidad civil del médico», en J.M. GÓMEZ y DÍAZ-CASTROVERE y F.J. SANZ LARRUGA (directores), *Lecciones de Derecho Sanitario*, A Coruña 1999, pág. 328.

⁹⁷ J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos...*, cit., pág. 290.

⁹⁸ Vid., L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 69 y ss., 101 ss.

⁹⁹ Vid. H. CAMPUZANO TOMÉ, *Nociones generales sobre responsabilidad civil*, editorial Fórum, Oviedo 1997, págs. 49-50.

¹⁰⁰ Vid. M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pág. 110 y ss.; o A. LUNA MALDONADO, «Responsabilidad civil médica: sistemas de cobertura de riesgo», en *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid 1995, pág. 145 y ss.

¹⁰¹ Por ejemplo, E. LLAMAS POMBO, «Responsabilidad...», cit., pág. 303 y ss.; o S. MUÑOZ MACHADO, «Responsabilidad...», cit., págs. 204-208.

¹⁰² Vid. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos*, Madrid 1999. Pág. 28 y ss.; J.M. BADENAS CARPIO, «La responsabilidad civil médica», L.F. REGLERO CAMPOS (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra 2002, pág. 258; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., pág. 36, 56 y ss.; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 48 y ss., 131 y ss.; T. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Elementos...*, cit., pág. 85; L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 9; J. GUERRERO ZAPLANA, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Valladolid 2001, pág. 51; o M. GUTIÉRREZ LUNA, *La responsabilidad de médicos y sanitarios*, Algeciras 1992, págs. 51-61.

.../...

actuación profesional correcta usando los procedimientos terapéuticos y de diagnóstico idóneos ¹⁰³.

De todas formas, existe, en la actualidad, una tendencia que pretende desplazar la responsabilidad hacia los resultados ¹⁰⁴, en casos como:

- Los tratamientos voluntarios (cirugía estética...), dado que en estos casos, la razón única o básica de la intervención es la convicción de que se obtendrá un resultado más o menos determinado ¹⁰⁵.
- Análisis, extracción y transfusión de sangre, o
- Vacunas y sueros ¹⁰⁶.

.../...

Así, se pronuncia el TS en multitud de fallos jurisprudenciales, entre los que debemos reseñar las Sentencias de 12 de julio de 1988 (1988/6138); 8 de mayo de 1991 (1991/4734); 20 de febrero de 1992 (1992/1577); 13 de octubre de 1992 (1992/9915); 2 de febrero de 1993 (1993/843); 7 de julio de 1993 (1993/6777); 15 de noviembre de 1993 (1993/10291); 15 de diciembre de 1993 (1993/1392); 25 de abril de 1994 (1994/3636); 1 de junio de 1994 (1994/5040); 12 de julio de 1994 (1994/11719); 24 de septiembre de 1994 (1994/8031); 14 de noviembre de 1994 (1994/8839); 16 de febrero de 1995 (1995/474); 11 de marzo de 1995 (1995/1569); 13 de octubre de 1995 (1995/4925); 10 de febrero de 1996 (1996/475); 25 de julio de 1996 (1996/6227); 23 de septiembre de 1996 (1996/6799); 15 de octubre de 1996 (1996/6731); 25 de enero de 1997 (1997/27); 22 de abril de 1997 (1997/3486); 9 de junio de 1997 (1997/3442); 20 de junio de 1997 (1997/5253); 24 de junio de 1997 (1997/6177); 27 de junio de 1997 (1997/4860); 21 de julio de 1997 (1997/5064); 20 de septiembre de 1997 (1997/6826); 10 de noviembre de 1997 (1997/9809); 29 de mayo de 1998 (1998/5864); 8 de septiembre de 1998 (1998/21883); 9 de diciembre de 1998 (1998/27962); 28 de diciembre de 1998 (1998/30795); 12 de marzo de 1999 (1999/5812); 19 de septiembre de 1999 (1999/22329); 25 de septiembre de 1999 (1999/22329); 18 de octubre de 1999 (1999/30795); 10 de noviembre de 1999 (1999/28267); 23 de octubre de 2000 (2000/37070); 5 de febrero de 2001 (2001/249); 23 de marzo de 2001 (2001/6230); 19 de julio de 2001 (2001/15842); 4 de febrero de 2002 (2002/1011); 11 de abril de 2002 (2002/9457).

¹⁰³ Por ejemplo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, «El consentimiento informado», *Responsabilidad del personal sanitario*, Madrid 1994, págs. 278-279) considera que para que una intervención sea correcta es preciso:

1. Que dicha intervención sea médicamente indicada.
2. Que se realice de acuerdo con la Lex artis.
3. Que se lleve a cabo con el consentimiento del paciente.

Vid., J.C. GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 35; o J.C. SEUBA TORREBLANCA, S. RAMOS GONZÁLEZ y A. LUNA YERGA, «Falsos positivos. La responsabilidad civil derivada del diagnóstico erróneo de enfermedades», *InDret*, núm. 3/02.

¹⁰⁴ *Vid.* J.A. GARCÍA CARIDAD, «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 324.

Entre ellas, el autor cita:

- 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.

Cfr. M. MARTÍN CASALS y J. SOLÉ FELIU, «Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos», *InDret*, núm. 3/01.

¹⁰⁵ *Vid.*, STS de 11 de diciembre de 2001 (2001/47118).

¹⁰⁶ Respecto de los dos últimos, L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 222 y ss.

2. No se aplica la presunción de culpa ¹⁰⁷. El paciente debe demostrar que el médico tuvo una actuación lesiva ¹⁰⁸ y profesionalmente inaceptable por separarse de los principios de la *lex artis* ¹⁰⁹. Esta última es la regla con la cual debe medirse la negligencia cuando se aplican malos procedimientos o prácticas sustancialmente idóneas ¹¹⁰. En cuanto al método, se acepta también la libertad del médico para seguir cualquiera de las opciones disponibles, siempre que sean científicamente defendibles ¹¹¹.
3. Aunque no caben las presunciones sí puede aceptarse la culpa virtual ¹¹², o evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia ¹¹³, que se aplica al error consistente, por ejemplo, en la aplicación de un tratamiento incompatible con la terapia normal que está siguiendo el enfermo. La culpa virtual interviene así para determinar la existencia de responsabilidad cuando se producen accidentes de salud que no pueden ocurrir en una aplicación lógica de los conocimientos médicos ¹¹⁴, o cuando el daño es desproporcionado ¹¹⁵.
4. En materia de responsabilidad, en todo caso, la jurisprudencia civil mantiene la exigencia de que su prueba ¹¹⁶ alcance también a la relación de causalidad entre el acto médico y la lesión ¹¹⁷. No obstante, se detecta una tendencia a establecer la carga de la prueba de los

¹⁰⁷ Así se pronuncia el TS en Sentencias como la de 17 de junio de 1989 (1989/6156); 20 de febrero de 1992 (1992/1577); 2 de febrero de 1993 (1993/843); 15 de noviembre de 1993 (1993/10291); 12 de julio de 1994 (1994/5040); 22 de julio de 1994 (1994/6157); 8 de abril de 1996 (1996/1816); de 19 de junio de 1995 (1995/3693) o 20 de junio de 1997 (1997/5253); 4 de febrero de 2002 (2002/1011).

Vid. J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 109.

¹⁰⁸ *Vid.* STS de 21 de junio de 2002 (2002/23878).

¹⁰⁹ *Vid.* S. CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación...*, cit., pág. 35 y ss.; o L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad...*, cit., pág. 92 y ss.

Cfr., M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad...*, cit., pág. 43.

¹¹⁰ *Vid.* J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, cit., pág. 80 y ss.

¹¹¹ *Vid.* R. de ÁNGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad...*, cit., págs. 21-22.

¹¹² *Vid.* R. de ÁNGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad...*, cit., pág. 94 y ss.; o T. GARCÍA HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho Sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, cit., pág. 87. Asimismo, STS de 27 de septiembre de 2001 (2001/30954).

¹¹³ *Vid.* C. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Pamplona 1996, págs. 173 y ss., 193 y ss.

¹¹⁴ SSTS de 8 de mayo de 1991 (1991/4734); 15 de noviembre de 1993 (1993/10291); 25 de abril de 1994 (1994/3636); 22 de mayo de 1998 (1998/4684); 8 de septiembre de 1998 (1998/21883); 9 de diciembre de 1998 (1998/27962); 5 de febrero de 1999 (1999/1792); 29 de junio de 1999 (1999/16813); 11 de abril de 2000 (2000/5459); 20 de julio de 2000 (2000/19342); 27 de septiembre de 2001 (2001/30954).

¹¹⁵ SSTS de 12 de diciembre de 1998 (1998/27998), 19 de julio de 2001 (2001/15842); 17 de mayo de 2002 (2002/14848). Debiendo hacerse especial de la STS de 26 de noviembre de 2001 (2001/43285), dedicada al riesgo estadístico.

¹¹⁶ *Vid.* J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema...*, cit., pág. 110 y ss.; J. GUERRERO ZAPLANA, *Las reclamaciones...*, cit., pág. 59 y ss.; o M. GUTIÉRREZ LUNA, *La responsabilidad...*, cit., págs. 63-64.

¹¹⁷ SSTS de 7 de febrero de 1990 (1990/1168); 29 de junio de 1990 (1990/6969); 11 de marzo de 1991 (1991/2603); 8 de mayo de 1991 (1991/4734); 13 de octubre de 1992 (1992/9915); 2 de febrero de 1993 (1993/843); 12 de julio de 1994 (1994/11719); 24 de septiembre de 1994 (1994/8031); 16 de febrero de 1995 (1995/474); 20 de febrero de 1995 (1995/556); 19 de junio de 1995 (1995/3693); 6 de julio de 1995 (1995/4728); 10 de febrero de 1996 (1996/475); 11 de marzo de 1996 (1996/953); 31 de julio de 1996 (1996/6218); 23 de septiembre de 1996 (1996/6799); 15 de octubre de 1996 (1996/6731); 10 de diciembre de 1996 (1996/8617); 11 de febrero de 1997 (1997/258); 20 de marzo de 1997 (1997/2352); 6 de junio de 1997 (1997/3439); 9 de junio de 1997 (1997/3442); 1 de julio de 1997 (1997/4832); 21 de julio de 1997

.../...

hechos sobre aquella parte que se encuentre en mejor posición probatoria ¹¹⁸. Es lo que se ha venido a llamar la doctrina de la facilidad probatoria, de la cooperación en materia probatoria ¹¹⁹, o de la distribución dinámica de la prueba ¹²⁰.

5. En otro orden de cosas, un motivo generador de responsabilidad de importancia creciente es la información defectuosa o inexistente ¹²¹, correspondiendo la carga de la prueba de la información al médico ¹²². No exige la jurisprudencia que sea exhaustiva, pero sí que sea legal. Algunas normas han concretado ya los contenidos de la obligación de informar. La jurisprudencia la ha extendido a precisar la existencia de tratamientos alternativos y sus posibilidades ¹²³, sin cuya información se puede incurrir en responsabilidad.

4.2. La culpa en la responsabilidad hospitalaria.

Entrando ya en la responsabilidad hospitalaria, es imprescindible ver cómo se plasman los principios comunes de la responsabilidad en general, y los principios ya analizados de la responsabilidad del médico en toda la actuación hospitalaria, para ello analizaremos como se ha enfrentado la jurisprudencia a este tema, para luego sacar nuestras conclusiones.

En los centros o instituciones donde se presta la asistencia hospitalaria se dan conjuntamente la responsabilidad del médico que actúa individualmente o, más frecuentemente, en equipo, y una responsabilidad genérica de la institución o de las personas que la dirigen o representan ¹²⁴. Es claro

.../...

(1997/5064); 20 de septiembre de 1997 (1997/6826); 10 de noviembre de 1997 (1997/9809); 11 de diciembre de 1997 (1997/9769); 16 de diciembre de 1997 (1997/9772); 19 de febrero de 1998 (1998/1113); 22 de mayo de 1998 (1998/4684); 29 de mayo de 1998 (1998/5854); 29 de julio de 1998 (1998/16391); 8 de septiembre de 1998 (1998/21883); 10 de noviembre de 1998 (1998/26482); 28 de diciembre de 1998 (1998/30714); 6 de febrero de 1999 (1999/942); 23 de abril de 1999 (1999/7199); 2 de noviembre de 1999 (1999/33530); 10 de noviembre de 1999 (1999/32885); 30 de diciembre de 1999 (1999/43993 y 1999/39950); 22 de junio de 2000 (2000/13768); 22 de julio de 2000 (2000/19342); 27 de septiembre de 2001 (2001/30954); 7 de junio de 2002 (2002/22267).

¹¹⁸ SSTs de 15 de febrero de 1993 (1993/1392); 2 de diciembre de 1996 (1996/8619); 12 de enero de 2001 (2001/6); o 12 de junio de 2001 (2001/11063), entre otras. *Id.*, E. LLAMAS POMBO, «Responsabilidad...», *cit.*, pág. 306 y ss.

¹¹⁹ Por ejemplo, R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 83. Véase STS de 31 de julio de 2002 (2002/34239).

¹²⁰ E. LLAMAS POMBO, «Responsabilidad...», *cit.*, pág. 313.

¹²¹ En cuanto a la información defectuosa o inexistente, podemos ver SSTs como las de 23 de abril de 1992 (1992/3945); 25 de abril de 1994 (1994/3636); 31 de julio de 1996 (1996/6218); 10 de noviembre de 1997 (1997/9809); 16 de diciembre de 1997 (1997/9772); 19 de febrero de 1998 (1998/743); 10 de noviembre de 1998 (1998/26482); 28 de diciembre de 1998 (1998/30714); 13 de abril de 1999 (1999/7179); 19 de abril de 1999 (1999/7194); 7 de marzo de 2000 (2000/1976); 26 de septiembre de 2000 (2000/30613); 17 de octubre de 2001 (2001/33580); 2 de julio de 2002 (2002/26117).

¹²² En este sentido, la STS de 2 de julio de 2002 (2002/26117) señala que «la carga de la prueba de la información incumbe al médico [Sentencias 25 abril 1994 (1994/3636); 16 octubre de 1998 (1998/21887), 10 noviembre de 1998 (1998/26482) y 28 diciembre 1998 (1998/30795), 19 abril 1999 (1999/7194), 7 marzo 2000 (2000/1976); y 12 enero 2001 (2001/6)]».

¹²³ *Id.*, STS de 2 de julio de 2002 (2002/26117).

¹²⁴ J. CONDE, «La responsabilidad...», *cit.*, págs. 17-19, señala en este ámbito las siguientes situaciones eventuales litigiosas:

1. Supuestos de mala práctica profesional.
2. Supuestos de mal funcionamiento del sistema y organización.

.../...

que los fallos de la asistencia en el campo de lo sanitario no pueden entenderse sólo desde la responsabilidad individual del médico; la compleja organización asistencial obliga a plantear en ocasiones la responsabilidad de las instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas, donde se lleva a cabo la prestación de los servicios ¹²⁵.

Podemos decir, siguiendo el esquema general de CARRASCO GÓMEZ ¹²⁶, que las situaciones y deficiencias más frecuentes en los centros hospitalarios que pueden generar responsabilidad son:

a) Falta de asistencia, tanto en los servicios de asistencia domiciliaria, servicios de urgencia o el resto de los servicios hospitalarios.

En cuanto a la falta de asistencia, en sí misma considerada, el TS, en su Sentencia de 10 de diciembre de 1997 (1997/9802), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el INSALUD frente a las sentencias dictadas en la instancia, que la condenaron al pago de indemnización por daños y perjuicios relativos a secuelas que padece la menor –hija de los actores– por las derivaciones del tratamiento facilitado a la madre gestante. Afirma la Sala que la falta de asistencia sanitaria, con las consecuencias que se produjeron, que no es susceptible de individualización ni de instrumentalización particularizable, es imputable al INSALUD como responsable en último grado de los defectos y negligencias en el funcionamiento de las actividades hospitalarias y en la actuación profesional del personal sanitario dependiente del mismo, ya sea por culpa, ya por insuficiencia de medios, cuando resulten daños y perjuicios en las personas asistidas en los centros que dependan del mismo, siempre que se acredite la relación de causalidad entre los daños y el funcionamiento del servicio en cuestión.

También se puede considerar falta de asistencia el alta prematura, que impidió el cabal seguimiento de la evolución de la enfermedad y provocó una tardía intervención, tal como se señala en la STS de 30 de diciembre de 1999 (1999/39950).

Así las cosas, debemos tener presente que la falta de atención sería una denegación injustificada de asistencia, por lo que en muchos casos, sobre todo con anterioridad a 1995, se acudía a la

.../...

3. Supuestos de daños no relacionados con la actuación sanitaria pero acaecidos con ocasión de ésta.
4. Supuestos de daños o lesiones secundarios a una acción diagnóstica o terapéutica realizada correctamente con arreglo al estado del arte:
 - 4.1. Los efectos secundarios y accidentes previsibles, no evitables y estadística y sanitariamente admisibles.
 - 4.2. Los efectos secundarios imprevisibles e inevitables, por desconocidos o no controlables, con arreglo al estado de la ciencia en cada momento.

Más tarde, en el apartado 2.2.3, analizaremos los mismos cuando entremos en la responsabilidad hospitalaria pública propiamente dicha.

¹²⁵ En este sentido, STS de 20 de julio de 2000 (2000/19342).

¹²⁶ J. J. CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad...*, cit., págs. 53-54.

vía social para dilucidar los problemas que se planteaba dicha denegación cuando ésta se producía en una Entidad Gestora ¹²⁷.

Con todo, lo que siempre se plantea en la escasa jurisprudencia del TS es la culpabilidad del hospital, y de su titular último, privado o público, cuando una disfunción produce un retraso injustificado en la asistencia.

¹²⁷ Resulta de enorme interés, por la relación que puede tener con la responsabilidad, la teoría del reembolso de gastos médicos, en este sentido recomiendo el artículo de M. DEL C. GRAU PINEDA, «Reembolso de gastos médicos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social española: las sentencias Decker y Kohll del TJCE», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 19, 1999, pág. 53 y ss.

Evidentemente, no es lícito que cada beneficiario de la Seguridad Social elija, a su gusto, el centro en que haya de ser asistido ni que abandone los servicios que aquélla le viniera prestando, para acudir a los que estimare conveniente. Por ello, las Entidades obligadas a prestar asistencia a los beneficiarios no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando éstos utilicen servicios distintos de los que le hayan sido designados.

El TS ha puesto de relieve, en su sentencia de 4 de junio de 1986 (1986/3822), que la Seguridad Social, como cualquier entidad de análoga naturaleza, tiene que responder en su actividad a **normas preestablecidas** sobre el alcance de su acción a fin de garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados como la necesaria estabilidad financiera del sistema, lo que supone la necesidad de un equilibrio entre los intereses individuales y los colectivos, que se recoge cuando las normas establecen la regla general según la cual las entidades gestoras no abonarán los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios distintos de los que hayan sido designados, previéndose, sin embargo, una serie de excepciones. En congruencia con todo lo anterior, hasta la aprobación del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero (BOE de 10 de febrero), la limitación y regulación del reintegro de gastos médicos, causados en establecimientos privados, no concertados con la Seguridad Social, se contenía en el art. 102.3 de la Ley General de la Seguridad Social, desarrollado por el art. 18 del Decreto 2766/1967 de 16 de noviembre, con la modificación introducida por el Decreto 2575/1973, de 14 de septiembre. Ha de tenerse en cuenta que el supuesto que contempla el precepto mencionado es el del beneficio que, por decisión propia o de sus familiares, utiliza servicios distintos de los que hayan sido designados por las entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria, supuesto que, evidentemente, no concurre en el caso en que para la asistencia se acudió a los servicios que la propia entidad le indicó.

A su tenor, las entidades gestoras únicamente contraían la obligación de pagar aquellos gastos en el doble supuesto de **denegación injustificada de la asistencia previamente solicitada**, siempre que se notifique, además, dentro de los quince días siguientes al comienzo de la asistencia privada o de urgencia de carácter vital.

Las mencionadas disposiciones fueron objeto de interpretación por parte del TS que, en síntesis, mantuvo una serie de criterios cuyas líneas esenciales se recogen, entre otras, en la Sentencia de 5 de marzo de 1991 (1991/2426), y así:

- a) Si es evidente que al enfermo no se le puede imponer determinado facultativo, también lo es que *la organización de la Seguridad Social tiene sus cuadros de médicos y de asistencia, que no pueden ser preteridos, para acudir a la medicina privada, «ni siquiera en el primer momento, como tampoco con posterioridad»*, para luego pasar a aquella organización los honorarios e importe de la asistencia [entre otras, STS de 19 de mayo de 1987 (1987/3936)]
- b) Corolario de lo anterior, es que *no se concede a los afiliados un derecho de opción sino que la asistencia por la medicina privada tiene carácter excepcional, que ha de ser justificada por los beneficiarios ante los Tribunales*, «quienes deberán proceder con criterio cauteloso» para evitar conceder reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse con los medios técnicos y humanos, muy calificados de las instituciones de la Seguridad Social [STS de 3 de junio de 1975, en interés de Ley, y 20 de marzo de 1986 (1986/2123)], *de tal manera que no podrá acudirse al reintegro sino cuando se demuestre cumplidamente la denegación injustificada de la prestación de asistencia por los servicios de la Seguridad Social o la necesidad urgente de carácter vital*.
- c) La expresión «urgencia vital» exige no solamente *la puesta en peligro de la propia existencia*, sino también *que tal evento perentorio justifique la elección*, lo que no acontece «si el centro público no resulta más inasequible que el privado».

Así pues, tras la reforma de 1995 desaparece toda referencia a la **denegación injustificada de asistencia**, lo que plantea el problema de resolver los supuestos de denegación injustificada posteriores a la modificación producida en esta fecha. Teniendo en cuenta esto, sobre todo con la normativa anterior, y que la competencia para dilucidar los problemas que se planteaban en estos casos era de la jurisdicción social, parecía claro, y era uno de los sustentos de la competencia de lo social, que ante una denegación injustificada de asistencia, que incluía el error de diagnóstico, el paciente podía acudir a la medicina privada y luego pedir el reintegro de gastos, siendo este mecanismo idéntico en su fundamento y fines a la responsabilidad civil de la Administración, por ello suponía una distorsión del sistema que se estaba construyendo.

b) Falta de seguridad, de la que se puede derivar riesgo de accidentes diversos e imprevistos para el paciente.

La falta de seguridad, en cuanto una prestación específica hospitalaria que no correspondería exclusivamente al médico que asiste sino a la infraestructura prestacional, es uno de esos casos donde la responsabilidad hospitalaria corresponde al centro, y al titular del mismo, antes que al personal en concreto.

Así, el TS, en su Sentencia de 20 de junio de 1994 (1994/5480), establece la responsabilidad del Hospital Juan XXIII, por rotura de la claraboya del habitáculo en que se encontraba el equipo de bombeo, pues el actuar del centro no se ajustó a la diligencia exigible.

En supuestos como el que tratamos, en el que la actividad generadora del daño no tiene virtualidad asistencial, se produce un desplazamiento de la carga de la prueba al centro hospitalario, así lo señala la Sentencia del TS de 4 de mayo de 1995 (1995/3245).

Ahora bien, en el caso de la vigilancia de enfermos mentales la doctrina de la Sala primera del TS no es clara, ni mucho menos; así, mientras que en la sentencia de 1 de junio de 1996 (1996/4184) considera que el fallecimiento de un paciente al arrojarlo por la ventana es un caso fortuito ¹²⁸, el mismo Tribunal, en su Sentencia de 3 de junio de 1996 (1996/2714) sí considera que existe responsabilidad del centro cuando no se produce una vigilancia hospitalaria añadida ¹²⁹, señalando la sentencia de 10 de noviembre de 2002 (2002/46515) que dadas las anómalas reacciones que suelen

¹²⁸ En un sentido similar se pronuncia la STS de 17 de febrero de 2000 (2000/868).

¹²⁹ En un sentido similar se pronuncia la sentencia de 9 de marzo de 1998 (1998/1249), aunque responsabiliza, a mi entender de forma errónea, al hospital por el cauce de la culpa *in eligendo*, cuando debería acudir a la vía de la responsabilidad directa por falta de vigilancia. El tenor literal de la sentencia es el siguiente:

«Tercero. En relación con la responsabilidad por culpa extracontractual, resulta evidente que el principio de la responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, encontrándose acogido en el artículo 1.902 del Código Civil, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable del resultado dañoso, y si bien es cierto que la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño, pero sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir y sin excluir, en todo caso y de modo absoluto, el clásico principio de la responsabilidad culposa, encontrándose en la línea jurisprudencial indicada, las Sentencias, entre otras, de fechas 29 de marzo y 25 de abril de 1983; 9 de marzo de 1984; 21 de junio y 1 de octubre de 1985; 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986; 19 de febrero y 24 de octubre de 1987; 5 y 25 de abril y 5 y 30 de mayo de 1988; 17 de mayo, 9 de junio, 21 de julio, 16 de octubre y 12 y 21 de noviembre de 1989; 26 de marzo, 8, 21 y 26 de noviembre y 13 de diciembre de 1990; 5 de febrero de 1991; 24 de enero de 1992; 5 de octubre de 1994; 9 de marzo y 9 de junio de 1995; 4 y 13 de febrero de 1997 y 28 de abril, 9 de junio y 26 de septiembre de 1997, así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo, en una mayor medida, en los supuestos de resultados dañosos originados en el ámbito de la circulación de vehículo de motor. El conjunto de tales declaraciones jurisprudenciales en su proyección a la posible responsabilidad a imputar a los Centros hospitalarios por la vía indicada, tendría que ser indagada a través de las medidas de seguridad, control y vigilancia adoptadas, para cada caso concreto, en definitiva, por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir, exigiéndoles, desde el punto de vista de organización de los servicios, una individualización en la adopción de las medidas o medios materiales y personales en orden al caso particular de que se trate.»

acompañar a las enfermedades psiquiátricas, se exige una vigilancia hospitalaria y la adopción de todas las medidas necesarias para evitar cualquier daño que pudiera producirse el paciente, o que pudiera producir a terceros.

c) Falta de calidad asistencial, por falta de medios diagnósticos, terapéuticos o de servicios básicos o bien falta de personal cualificado, titular o auxiliar.

Podemos subdividir esta clase de negligencia en:

- Deficiencias en la asistencia.

Estaríamos ante un conjunto de posibles defectos o irregularidades tanto subjetivos como instrumentales que se canalizan hacia las entidades de quienes los servicios dependen. Dicho concepto de deficiencia asistencial aparece ya en la sentencia del TS de 12 de julio de 1988 (1988/6138); y, en un sentido similar, la sentencia de 4 de noviembre de 1992 (1992/10865) ¹³⁰.

Así la STS de 6 de marzo de 1995 (1995/879), condenó al INSALUD por omisión negligente, tras el fallecimiento de un menor por impacto de piedra en la cabeza, basándose en que el diagnóstico del verdadero mal que aquejaba al menor no pudo detectarse antes al no tener cubierta la única plaza existente en el centro de quien realizaba electroencefalogramas, mientras su titular se encontraba de vacaciones. Por todo es deficiencia asistencial hacer depender de la organización burocrática hospitalaria el cuidado eficaz del paciente [STS de 7 de abril de 1997 (1997/2755)], así como la falta de controles técnicos de calidad que impiden las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica [SSTS de 1 de julio de 1997 (1997/4832), de 9 de diciembre de 1998 (1998/27962), o de 30 de julio de 1999 (1999/18886)], o la falta de facultativos durante el fin de semana que produce que el seguimiento del enfermo se deba hacer a través de enfermeras [Sentencia de 7 de mayo de 1997 (1997/2153)].

La STS 20 de julio de 2000 (2000/19342) confirma la condena del centro hospitalario por secuelas derivadas de un tratamiento anestesiológico que no vino precedido de cultivos o análisis que hubieran permitido detectar la presencia de gérmenes en la sangre ni acompañado de las oportunas medidas de asepsia, por más que no fuera posible determinar qué médico concreto, de los varios que fueron asistiendo al paciente, había sido el responsable de dichas omisiones.

¹³⁰ Esta sentencia consagra la culpa como elemento de imputación, para mayores comentarios sobre la misma véase E. LLAMAS POMBO, «Comentario a la Sentencia de 4 de noviembre de 1992», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 30, 1993, pág. 995 y ss.

De igual forma, en la Sentencia de 26 de mayo de 1997 (1997/3422), el TS confirma la sentencia recurrida por el INSALUD, pues declarado el origen hospitalario de la infección que sufrió el actor, cualquiera que sea su causalidad concreta, conlleva la responsabilidad del ente que recurre en casación al haber incumplido su obligación de mantener las adecuadas condiciones de higiene y asepsia en el instrumental e instalaciones mediante la adopción de las medidas adecuadas, responsabilidad exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil y que no guarda relación alguna con la responsabilidad exigible a los profesionales sanitarios que intervinieron quirúrgicamente al recurrido.

Dentro de los supuestos de deficiente asistencia encontramos los retrasos injustificados en la prestación hospitalaria. Así, el TS, en su Sentencia de 24 de febrero de 1992 (1992/1698) señala que existe culpa extracontractual y responsabilidad del INSALUD, directa y exclusiva por retraso en tratamiento de virus intra hospitalario, siendo imposible precisar el elemento personal causante directo del defectuoso funcionamiento del servicio. Asimismo, el TS, en Sentencia de 16 de junio de 1995 (1995/3693), declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Servicio Vasco de la Salud, ya que del conjunto del resultado probatorio se destacan como factores de mayor relevancia que las lesiones y secuelas subsiguientes del paciente –recurrido– se produjeron en el período postoperatorio; que las curas domiciliarias practicadas por la esposa del paciente, lo fueron siguiendo las instrucciones del personal sanitario; que no fue advertida la existencia del hematoma, y que las altas hospitalarias fueron dadas con precipitación, cuyos factores vienen a evidenciar, en mayor o menor medida, que el personal sanitario del centro hospitalario incurrió en una cierta negligencia culposa en el curso del seguimiento del postoperatorio *por no prestar los debidos cuidados y atención en la prevención y posterior evolución de la infección acaecida*, y de aquí, que, en definitiva, concurra en contra de los aludidos servicios sanitarios el reproche culpabilístico, lo que determina su inclusión en los supuestos de culpa y responsabilidad extracontractual prevenidos en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil.

Caso aparte, que mezcla la deficiencia asistencial con el material defectuoso, que se tratará en el siguiente punto, son los contagios a través de las transfusiones de sangre. Por ello, es culpa de la Administración Sanitaria y no de los médicos el contagio transfusional del SIDA, y ello porque no proveyó a tiempo la adquisición del material necesario para practicar las pruebas antiSIDA, en tal sentido se pronuncia el TS en las Sentencias de 26 de febrero de 1998 (1998/1118), de 24 de junio de 1997 (1997/6177), de 11 de febrero de 1998 (1998/1501), de 3 de diciembre de 1999 (1999/36402), de 28 de diciembre de 1998 (1998/30716), de 10 de noviembre de 1999 (1999/34225), o de 17 de octubre de 2001 (2001/33580). Igualmente, para contagios de la hepatitis C por transfusión sanguínea, el TS también acude a las deficiencias asistenciales (sentencia de 9 de marzo de 1999 (1999/1591))¹³¹.

- Material en deficiente estado.

De esta forma es culpa de la Entidad que el material preciso para la intervención no hubiera sido conservado con la diligencia y la atención exquisita precisa en casos como éstos (STS de 26 de septiembre de 1997 (1997/5765)), existiendo omisión negligente, determinada por relación de causa a efecto, por el empleo para realizar suturas en operación quirúrgica de hilo de catgut procedente de unos determinados laboratorios de los que se sospecha podían producir tétanos y que realmente lo produjeron a la enferma a que fue aplicado; y sin que a ello obste correspondiese a lote distinto en que esa posibilidad fue apreciada, pues que procediendo ambos lotes del mismo laboratorio suministrador un comportamiento verdaderamente diligente y lleno de prudencia aconsejaba a la clínica proceder a la retirada total del hilo de catgut servido por dicho laboratorio [STS de 12 mayo de 1988 (1988/4030)].

¹³¹ *Vid.*, por todos, J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «El contagio transfusional del SIDA en el Derecho Español», *Actualidad del Derecho Sanitario*, núms. 60-61; o S. PELAYO PARDOS, «SIDA, algunos aspectos puntuales ante el Derecho Laboral y de Seguridad Social y el Derecho Sanitario», *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 4, pág. 213 y ss.

Ahora bien, el TS, en la Sentencia 17 de abril de 1998 (1998/2283), no contempla una diligencia absoluta, pues considera que la rotura de la jeringa que utilizó el médico fue debida a defecto de fabricación, pues acreditado que ese defecto no era detectable antes del uso, es incorrecta la imputación de responsabilidad al Servicio Vasco de Salud, ya que no es lógico que tenga que montar un servicio de control de calidad de todos y cada uno de los instrumentos que le suministran los fabricantes para el desarrollo de sus actividades asumiendo las obligaciones que a ellos les compete.

La STS 12 de febrero de 2001 (2001/1289), sobre un caso de coma neurológico anestésico por anoxia cerebral no detectada por el sistema de monitorización, confirma la absolución del anestesista y la condena del centro hospitalario, fundando esta última en el defectuoso funcionamiento del monitor ¹³².

- Medios escasos.

Dentro de esta categoría se incluiría que el centro hospitalario careciera de medios adecuados, y es contemplada en Sentencias como la de 7 de junio de 1988 (1988/4864) ¹³³; de 9 de junio de 1997 (1997/3437) o de 31 de julio de 2002 (2002/34239). Dichos medios adecuados se refieren a la clase de operación o tratamiento requerido, según puntualizó la STS de 13 de octubre de 1995 (1995/4935) ¹³⁴.

d) Falta de información, a médicos o usuarios, derivada, por ejemplo, de conocer una situación de peligro.

En la STS de 24 de junio de 1997 (1997/6177), se condenó a la dirección de un Hospital por omisión de información y no acreditar que tomó medidas ante la existencia de un peligro perfectamente conocido, cual era la infección por VIH en sangre transfundida, lo que permite hablar de resultado de daños por funcionamiento anormal del servicio y no infracción de la *lex artis* de los médicos ¹³⁵. Quizá sea este el punto más controvertible, pues siempre la información se encontraría dentro

¹³² *Vid.*, STS de 4 de febrero de 2002 (2002/1011).

¹³³ Por falta de medios en cuanto a la aplicación de anestesia en una operación quirúrgica.

¹³⁴ De igual modo la STS de 2 de diciembre de 1996 (1996/8619) tiene declarado: «Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuado según la *lex artis ad hoc*, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización».

¹³⁵ Obligación que resulta más explícita tras la promulgación del Real Decreto 63/1995 sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, donde quedan reflejadas, artículo 6.1 y 2, las circunstancias sobre las que se debe informar, información clínica en cuanto paciente e información no clínica, como usuario, acerca de los servicios, prestaciones y actividades que se lleven a cabo en la institución.

de la *lex artis* médica, lo que conllevaría la responsabilidad del médico de forma directa y la del Hospital por culpa *in vigilando* o *in eligendo* ¹³⁶.

Cuando se informa correctamente al paciente de los riesgos el fracaso de cualquier intervención puede incardinarse en el concepto de fuerza mayor, tal como señala la STS de 27 de junio de 1997 (1997/4860).

En conclusión, es interesante apuntar, desde un primer momento, que el último punto analizado no sería un caso de responsabilidad por hecho propio directamente sino, más bien, una responsabilidad por mala praxis médica que devendría responsabilidad hospitalaria por la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, según veremos más tarde.

Es claro que la jurisprudencia del TS ha distinguido de forma específica las obligaciones propias del hospital respecto de las obligaciones del personal que trabaja en el mismo. Obviamente, según veremos posteriormente, la actuación lesiva de ese personal también puede y debe ser imputada al centro hospitalario, pero a través del instituto de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Otro dato esencial es la vacilante doctrina del TS en una búsqueda constante de la justicia del caso concreto. Un ejemplo claro de este punto es la vigilancia de enfermos mentales, tal como aparece apuntada más arriba.

En el fondo, lo que aparece como responsabilidad propia es un caso claro de prestaciones extramédicas que surgen como consecuencia de los servicios que debe prestar el hospital. Así, servicios de hostelería, seguridad o buen funcionamiento de las instalaciones, junto con la disponibilidad de material de diagnóstico y terapéutico, centran la responsabilidad misma del hospital.

Aun así, lo que no genera duda es la marcada resistencia a la objetivización en la responsabilidad hospitalaria, en contra del tenor propio de preceptos específicos como el artículo 28 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), en un devenir, no muy consecuente en la mayoría de los casos, de la necesidad de culpa en la responsabilidad del médico como base para establecer una indemnización por daños.

5. EL ARTÍCULO 28 DE LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. SU APLICACIÓN A LA ASISTENCIA MÉDICO-HOSPITALARIA

Con un origen claro en el artículo 51 de la Constitución, la Ley 26/1984, de 19 de julio, tiene por objeto, la protección de los consumidores, entendiéndose por tales, «las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, pro-

¹³⁶ Asimismo, como infracción en la culpa *in vigilando*, la STS de 16 de octubre de 1998 (1998/21887).

ductos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, industrial o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden»¹³⁷.

El legislador ha introducido un doble sistema de responsabilidad. Así, ha establecido un régimen general (arts. 26 y 27), que establece un sistema de responsabilidad subjetiva con presunción de culpa y otro especial (arts. 28 y 30), de responsabilidad acusadamente objetiva, en el que el fabricante sólo puede exonerarse probando la culpa exclusiva de la víctima o de personas de las que el perjudicado deba responder civilmente¹³⁸.

Aunque se ha pretendido que la responsabilidad derivada de servicios médicos es una responsabilidad por culpa, no operando la inversión de la carga de la prueba, que sí se ha admitido para los daños de otro origen (SSTS de 1 de febrero de 1993 (1993/772), 23 de marzo de 1993 (1993/2977), 29 de marzo de 1994 (1994/2858) y 10 de febrero de 1996 (1996/475)¹³⁹. El artículo 28 de la LGDCU establece un sistema de responsabilidad objetiva para determinados productos y servicios, así el legislador incluyó los «servicios sanitarios» entre los que «en todo caso» (art. 28.2 LGDCU) se consideraban sometidos a este régimen. Posteriormente, el Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, que aprobaba un catálogo de bienes o servicios a determinados efectos de la Ley General de Consumidores y Usuarios, aclaró que, en relación con lo dispuesto por los artículos 2.2 y 6 de la LGDCU, se entendían incluidos dentro de la expresión «servicios sanitarios» tanto los servicios médicos como los hospitalarios¹⁴⁰, farmacéuticos y veterinarios. El alejamiento entre el régimen que instaura la LGDCU y la doctrina tradicional de la jurisprudencia relativa a la responsabilidad civil por servicios médicos aventuraba la introducción de cambios sustanciales en las resoluciones de los tribunales¹⁴¹.

¹³⁷ Artículo 1.2 de la citada Ley. Es interesante el análisis que efectúa S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad civil y protección del consumidor*, Palma de Mallorca 1985, pág. 166 ss; o M. DE LOS A. PARRA LUCÁN, «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», L.F. REGLERO CAMPOS (coordinador), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Navarra 2002; pág. 359 y ss.

¹³⁸ *Vid.* S. CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidad...*, *cit.*, pág. 41 y ss.; M. DE LOS A. PARRA LUCÁN, «La responsabilidad...», *cit.*, pág. 366, y 378 y ss.; o M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema...*, *cit.*, pág. 328.

Este doble sistema de responsabilidad ha sido criticado por la doctrina, que ha considerado que se produce por desconocimiento de los autores de la ley, llegando a producir un grado de imperfección técnica y oscuridad tal que ha provocado una serie de obstáculos en la aplicación de la ley que han debido ser solventados por la doctrina y la jurisprudencia.

Vid. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La responsabilidad por daños y perjuicios derivados del consumo de bienes y servicios», en *Comentario a la LGDCU*, Madrid 1984, pág. 143; L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil I*, Madrid 1995, págs. 858-859; o L. DíEZ-PICAZO, «Derecho...», *cit.*, págs. 140-141.

¹³⁹ Por ejemplo, M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 83; o F. PEÑA LÓPEZ, «Comentario a la sentencia de 11 de febrero de 1998», *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 1998, abril-agosto, pág. 782.

¹⁴⁰ SSTS de 1 de julio de 1997 (1997/4832); 21 de julio de 1997 (1997/5064), 26 de septiembre de 2000 (2000/30613) o 19 de junio de 2001 (2001/15207), entre otras. *Vid.*, S. DíAZ ALABART y C. ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Madrid 2000, págs. 276-277.

¹⁴¹ *Vid.* F. PEÑA LÓPEZ, «Comentario a la Sentencia de 11 de febrero de 1998», *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, 1998, abril/agosto, pág. 781-782. En este sentido, M.^a A. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona 1990, pág. 384 y ss; R. BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid 1992, pág. 715 y ss; M.^a C. GÓMEZ LAPLAZA y S. DíAZ ALABART, «Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos», *Actualidad civil*, 1995, núm. 25, pág. 2 y ss; o J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad...*, *cit.*, pág. 33.

Era obvio que la doctrina jurisprudencial se alterase, de esta forma, en posteriores pronunciamientos [SSTS de 1 de julio de 1997 (1997/4832), 21 de julio de 1997 (1997/5064), de 11 de febrero de 1998 (1998/1501), o de 19 de junio de 2001 (2001/15207)] cambia su inicial orientación y se admite la aplicación de la LGDCU a los servicios médicos ¹⁴². No obstante, para ser susceptible de aplicación al caso concreto debe ser alegado el incumplimiento de la LGDCU ¹⁴³.

Al amparo del artículo 28 de la LGDCU, bastaría para justificar la pretensión indemnizatoria con acreditar el daño y su relación de causalidad con el servicio prestado, sin necesidad de probar al mismo tiempo culpa alguna en quien lo prestó. El demandado tendría entonces que responder, a no ser que probara una circunstancia determinante de la ruptura del nexo causal. En definitiva, este sistema viene a coincidir con el de responsabilidad patrimonial de la Administración previsto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ^{144, 145}.

En cuanto al ámbito de aplicación del artículo 28.2 de la LGDCU, es de destacar que la norma se refiere tanto a los servicios sanitarios privados como a los públicos. Así resulta, no sólo de la generalidad del término «servicio sanitario», sino también del artículo 1.2 de la LGDCU, que, al definir la noción de «usuario» como persona que utiliza o disfruta servicios, puntualiza «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden» ¹⁴⁶.

PEÑA LÓPEZ ¹⁴⁷ entiende que el prestador del «servicio sanitario» se podrá exonerar de responsabilidad alegando y demostrando:

1. La presencia de alguna de las llamadas «causas de exclusión de la antijuridicidad» o «causas de justificación», donde jugaría un papel importantísimo el consentimiento informado.
2. la inexistencia de relación de causalidad o cualquier circunstancia que elimine la relación de causalidad entre la prestación del servicio y el daño, o que, al menos, concurra en su producción atenuando la relevancia causal atribuida a la prestación. Así, podrá acreditar la intervención de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima ¹⁴⁸, o la fuerza mayor. Ahora bien, aunque escape de nuestro análisis, es importante señalar que la actuación del médico sigue encontrándose sometida a una obligación de medios, por lo que la extensión de la responsabilidad no debería dejar de ser sino una inversión de la carga probatoria ¹⁴⁹, pues

¹⁴² Vid., S. DÍAZ ALABART y C. ASÚA GONZÁLEZ, *Responsabilidad...*, cit., págs. 265-275; o M. RIVERA FERNÁNDEZ, *La responsabilidad...*, cit., pág. 83.

¹⁴³ STS de 4 de febrero de 2002 (2002/1011).

¹⁴⁴ A partir de ahora LRJAPPAC.

¹⁴⁵ E. GÓMEZ CALLE, «El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario», *Anuario de Derecho civil*, 1998, Tomo LL, fascículo IV, octubre-diciembre, pág. 1.754.

¹⁴⁶ E. GÓMEZ CALLE, «El fundamento...», cit., págs. 1.754-1.755.

¹⁴⁷ F. PEÑA LÓPEZ, «Comentario...», cit., pág. 793.

¹⁴⁸ Vid., STS de 19 de junio de 2001 (2001/15207).

¹⁴⁹ Atenuación del requisito de la culpa.

otra cosa sería establecer, en todo caso, una obligación de resultado, que no ha sido admitida por la jurisprudencia en materia de responsabilidad médica según ya hemos visto. La concreción de una responsabilidad objetiva, como luego se verá, es enormemente compleja en la prestación sanitaria, pues la actividad médica conlleva una incertidumbre y una dificultad implícita, el estado del paciente.

En este punto, la STS de 5 de febrero de 2001 (2001/249) entiende que, ciertamente son cada vez más las sentencias de la Sala Civil del TS que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el citado artículo 28 de la LGDCU. No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (SSTS de 1 de julio de 1997 /1997/4832), de 21 de julio de 1997 (1997/5064) y de 9 de diciembre de 1998 (1998/27962) o a consecuencia de transfusiones de sangre (SSTS de 3 de diciembre de 1999 (1999/36402) y de 30 de diciembre de 1999 (1999/43933), de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención (SSTS de 24 de septiembre de 1999 (1999/27831) y de 22 de noviembre de 1999 (1999/36797) o, en fin, de daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención (STS de 29 de junio de 1999 (1999/16813). No aplicándose de manera general. En este sentido la Sentencia de 25 de junio de 2002 (2002/23868) excluye su aplicación.