UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

TESIS DOCTORAL

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS Y DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD

Presentada por

RICARDO DE LORENZO Y MONTERO

Dirigida por el Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

DR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

Madrid, 2015

TESIS DOCTORAL

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS Y DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD

DOCTORANDO

RICARDO DE LORENZO Y MONTERO

DIRECTOR DE TESIS

DR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

MADRID, 2015

A mis padres.

ÍNDICE

Abreviaturas xiii
Resumen de la tesis doctoral xvii
Doctoral thesis summary xxxi

INTRODUCCIÓN
LA SANIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD; EL MODELO CONSTITUCIONAL Y SU DESARROLLO

1. Los artículos 41, 43, 148 y 149 de la Constitución 2
a) Poderes Públicos y derechos individuales 2
b) Protección de la salud y profesiones médicas. 6
c) Sistemas sociales de protección a la salud. 7
d) El desarrollo del artículo 43 CE: la LGS. 12
e) Garantía institucional del derecho a la salud. 16
2. La organización del Sistema Nacional de Salud 17
3. El Sistema Público de Salud 35
4. La estructura del Sistema Sanitario Público 37

CAPITULO I
LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO COMETIDO ESENCIAL DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y SU ESTATUTO JURÍDICO

1. Concepto de Salud. 43
2. Los médicos del Sistema Nacional de Salud: deberes básicos. 45
3. Riesgo, responsabilidades de médicos y responsabilidad objetiva del Sistema Nacional de la Salud 52
4. Las responsabilidades y competencias de los médicos 57

a) Médicos y otros Profesionales Sanitarios. 58
b) Responsabilidad del médico por actos del personal de enfermería 88
c) Personal Sanitario no Facultativo 91

5. Aseguramiento de la responsabilidad 91

CAPITULO II
LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD Y SU ASEGURAMIENTO. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. La responsabilidad de los médicos y sus causas 97
a) El daño, presupuesto de la responsabilidad médica. 101
b) La objetivización de la responsabilidad del médico 112
c) El desplazamiento de la responsabilidad al titular del centro sanitario y a la organización sanitaria 118
d) El desplazamiento de la responsabilidad a la compañía aseguradora 123

CAPITULO III
LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. Sistemas legales de imputación de responsabilidad civil actualmente aplicables . 139
2. La responsabilidad civil extracontractual: requisitos 149
3. El comportamiento del médico y su posible consideración como acto ilícito 156
4. La producción del daño 158
5. La responsabilidad de los aseguradores 163
6. Los herederos, titulares del derecho a la indemnización 166
7. La relación de causa – efecto entre la acción u omisión y el daño producido 170
8. La concurrencia de causas 172

9. Circunstancias que exoneran de responsabilidad; en especial la fuerza mayor y los supuestos de concurrencia de culpas entre el agente y el perjudicado 174

10. La determinación de la indemnización. 178

11. El consentimiento del perjudicado 182

12. La responsabilidad civil médica en el trabajo en equipo 190

13. La responsabilidad de terceros por actos del médico 191

14. La reparación del daño. 194

15. La responsabilidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. 196

16. La actividad médica como obligación de medios 202

a) La obligación de conocimientos 211

b) La obligación de medios técnicos 213

c) El deber de información terapéutica 218

17. La actividad médica como obligación de resultados 222

18. El estado actual de la responsabilidad profesional médica. 229

CAPITULO IV
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. La responsabilidad civil *"ex delicto"* de los médicos del Sistema Nacional de Salud 234

a) La responsabilidad civil derivada del delito. 234

b) Extensión de la responsabilidad civil *"ex delicto"* *236*

c) La responsabilidad civil directa. 239

d) La responsabilidad civil en los supuestos de exención de la responsabilidad penal 241

2. Tipos delictivos aplicables a los médicos en el Código Penal. 246

a) Violación del secreto profesional 246

b) Omisión del deber de socorro, específicamente sanitario 253
c) El intrusismo 263
d) Homicidio, feticidio y lesiones al nacido y al feto cometidos por imprudencia. 280
e) Los delitos relativos a la manipulación genética 293
f) Los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad, estado y condición del menor 300
g) Las agravaciones al facultativo en los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y blanqueo de dinero. 304

3. Culpa civil y culpa penal 312
a) Distinción entre culpa civil y culpa penal 312
b) Conductas intencionales (dolosas) en la actuación del médico 328
c) Conductas culposas y negligentes en la actuación del médico. 330
d) Responsabilidad disciplinaria. 330

CAPITULO V
LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS

1. Evolución y significado del principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas 339

2. La responsabilidad de las Instituciones Públicas Sanitarias en la doctrina y la jurisprudencia 350
a) La responsabilidad de las Administraciones sanitarias. 351
b) La responsabilidad concurrente de los Servicios de Salud 355
c) La responsabilidad patrimonial y la transferencia de las funciones del INSALUD a las Comunidades Autónomas 356
d) Los nuevos entes instrumentales para la prestación de los servicios sanitarios y la responsabilidad patrimonial 358

3. Las nuevas tendencias comunitarias sobre exigencia de responsabilidad patrimonial 366

CAPITULO VI
EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y DE LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS PÚBLICAS

1. La responsabilidad médica y su aseguramiento 371

a) El riesgo asegurado. 371

b) El problema del daño producido en caso de trabajo en equipo. 372

2. El seguro de responsabilidad profesional de médicos y Servicios de Salud 390

3. Posición jurídica de las compañías del seguro en los procedimientos de exigencia de responsabilidad 399

4. Pretensiones indemnizatorias de la Administración responsable y la compañía aseguradora de su responsabilidad patrimonial. 403

5. El contenido del seguro de responsabilidad profesional 411

6. El seguro y la acción de regreso en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre 419

7. La cuantía indemnizatoria y la inexistencia de baremo por daños sanitarios 441

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA 443

A MODO DE RESÚMEN 453

BIBLIOGRAFÍA. 465

ABREVIATURAS

AA.- Autos.

ASCCTS.- Auto de la Sala de Conflictos de competencia del Tribunal Supremo.

BOE.- Boletín Oficial del Estado.

CC.AA.- Comunidades Autónomas.

CE.- Constitución Española.

CC.- Código Civil.

CDM.- Código De Deontología Médica de Julio de 2011.

CO.- Convenio de Oviedo de 4 de Abril de 1997 (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

CP.- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal.

EMPESS.- Ley 55/2003. Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

INGESA.- Instituto Nacional de Gestión Sanitaria.

INSALUD.- Instituto Nacional de la Salud.

II.SS.- Instituciones Sanitarias

LBAP.- Ley 41/2002, de 14 de Noviembre, Básica de la Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica.

LCC.- Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

LCP.- Ley 2/1974, de 13 de Febrero, sobre Colegios Profesionales.

LCS.- Ley 50/1980, de 8 de Octubre, del Contrato de Seguro.

LCSP.- Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público.

LEC.- Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

LECrim.- Ley de Enjuiciamiento Criminal promulgada por Real Decreto de 14 de Septiembre de 1882.

LEF.- Ley de 16 de Diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa.

LEM.- Ley de Especialidades Médicas de 1955.

LEMPESS.- Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

LGDCU.- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de Noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias.

LGP.- Ley 47/2003, de 26 de Noviembre, General Presupuestaria.

LGS.- Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad.

LGSP.- Ley 33/2011, de 4 de Octubre, General de Salud Pública.

LGSS.- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LGSs.- Decreto 2065/1974, de 30 de Mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

LGURM.- Ley 29/2006, de 26 de Julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.

LHNFG.- Ley 15/1997, de 25 de Abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de la Salud.

LIB.- Ley 14/2007, de 3 de Julio, de Investigación Biomédica.

LISMI.- Ley 13/1982, de 7 de Abril, de Integración Social de los Minusválidos.

LJCA.- Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

LOPDH.- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

LOPJ.- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial.

LOPS.- Ley 44/2003, de 21 de Noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

LOSSP.- Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de Octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

LOSSp.- Ley 30/1995, de 8 de Noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

LOSSR.- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de Marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo.

LPA.- Ley 12/1983, de 14 de Octubre, del Proceso Autonómico.

LPAMS.- Ley 20/1985, de 25 de Julio, de Prevención y Asistencia en Materia de Sustancias que puedan generar dependencia.

LPL.- Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de La Ley de Procedimiento Laboral.

LPRL.- Ley 31/1995, de 8 de Noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

LPGE.- Ley de Presupuestos Generales del Estado.

LRJAE.- Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Texto Refundido de 26 de Julio de 1957.

LRJAP-PAC.- Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

LT. Ley 30/1979, de 27 de Octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.

OMS.- Organización Mundial De La Salud.

ROSSP.- Real Decreto 2486/1998, de 20 de Noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

RPDP.- Reglamento de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal. Real Decreto 1720/2007, de 21 de Diciembre.

RPRP.- Reglamento de Procedimiento Sobre Responsabilidad Patrimonial. Decreto 429/1993.

SAP.- Sentencia de la Audiencia Provincial.

SCAAN.- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

SNS.- Sistema Nacional de Salud.

STCo.- Sentencia del Tribunal Constitucional.

TCo.- Tribunal Constitucional.

STS1ª.- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

STS2º.- Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

STS3º.- Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

STS4ª.- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

STSJ1ª.- Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

SS.- Sentencias.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS Y DE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD

RESUMEN DE LA TESIS DOCTORAL

Dirigida por el Catedrático EMÉRITO de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
DR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

INTRODUCCIÓN

La importancia que alcanza, en el aspecto normativo en España, el derecho a la protección de la salud se evidencia, en nuestro ordenamiento jurídico actual, por el hecho de su origen constitucional, que, siguiendo su evolución, arranca con una primera etapa en la que se promulgó la Ley 14/1986, General de Sanidad y en el momento presente se muestra con la promulgación de normas de tanto relieve como la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

El repertorio de asuntos a exponer, en este terreno, es por demás variado y complejo. Un elemento de primera importancia, en el escenario sanitario, es su aspecto organizativo e institucional, pero este aspecto se torna imposible de desarrollar sin abordar el elemento humano que, integrándose en el aspecto anterior, atiende el contenido prestacional del sistema sanitario: sus profesionales. Es un hecho notorio que los médicos del Sistema Nacional de Salud se enfrentan en la actualidad a muy numerosos, y a la vez distintos, tipos de riesgos: los derivados de la praxis sanitaria con relación a la prestación de la asistencia sanitaria a los pacientes; riesgos derivados del manejo de múltiples productos sanitarios y substancias biológicas y químicas; riesgos derivados de la complejidad de los equipos e instalaciones que manejan y utilizan y, cómo no, riesgos aportados por la complejidad relacional con usuarios y pacientes como destinatarios de la asistencia sanitaria. En otros términos, la actividad médica es una praxis de riesgo y con riesgo.

La percepción de esta realidad por los propios profesionales sanitarios constituye uno de los aspectos más temidos en su desempeño, en el recelo de verse alguna vez alcanzados por una demanda penal. Esta responsabilidad de los profesionales, a quienes el Código Penal vigente

acoge con generosidad, se traduce en muy diversas figuras delictivas y es tratada, bajo detalle de singularidad, en este cuerpo normativo, a través de tipos como la omisión de socorro sanitario, el intrusismo, manipulación genética o violación del secreto profesional, acogiendo, también, otras figuras más genéricas como el homicidio, las drogas tóxicas y estupefacientes o el blanqueo de capitales. Es de capital importancia el análisis de la culpa civil y de la culpa penal, con sus evidentes diferencias, o las matizaciones obligadas para las formas de comisión dolosa o culposa de las conductas penales mencionadas. En el espacio de la responsabilidad personal del profesional sanitario y en la misma vía punitiva, pero fuera del terreno penal, se encuentra la responsabilidad disciplinaria, a la que se somete aquel por sus incumplimientos profesionales en el seno de la relación que le vincula a una organización de la que depende y que ejerce, en estos casos, sobre él su poder de dirección y control.

El vasto terreno de la responsabilidad sanitaria no se agota, sin embargo, teniendo como agentes a los profesionales sanitarios. Podemos tener como protagonista a la Administración sanitaria, en cuyo caso acudiremos a la figura de la responsabilidad patrimonial, una de las construcciones jurídicas, en este espacio, más complejas y extensas, con multitud de facetas. Sus básicos y definitorios caracteres, en el seno de las Administraciones Públicas, son su condición de objetiva (no es precisa la concurrencia de culpa para su determinación) su naturaleza directa (la acción se dirige contra la Administración, no contra el profesional eventualmente causante del daño) y la relevancia del calificativo de "antijurídico" para el daño ocasionado al perjudicado, auténtica palanca activadora de la responsabilidad, de tal manera que podemos encontrarnos en supuestos de exigencia indemnizatoria aún con un funcionamiento normal del servicio.

Una pieza clave en la responsabilidad es el aseguramiento. El importe elevadísimo de algunas indemnizaciones hace que su pago exceda normalmente a economías individuales y obligue a la concertación de pólizas de seguro que garanticen esta cobertura y aporten la necesaria tranquilidad a los profesionales. En otras ocasiones, el motivo de la suscripción de las pólizas de seguro, es un imperativo legal que obliga a los entes públicos a suscribir aseguramiento para el personal que presta servicio en sus organizaciones sanitarias. En ambos casos la técnica del seguro supone hacer pasar la responsabilidad (económica) del asegurado al asegurador mediante el pago de la prima o importe del aseguramiento. Y concurren las habituales dificultades de delimitación en cualquier aseguramiento: riesgo, daño, sujetos actuantes… Preocupa, actualmente, la viabilidad del aseguramiento que pasa por una adecuada gestión de riesgos en la actividad asistencial. Es como consecuencia del aumento de las reclamaciones

deducidas contra los profesionales sanitarios, apreciada a partir de 1980, cuando se suscita una preocupación notable en los gestores sanitarios, así como por el aumento de las cuantías indemnizatorias.

OBJETIVOS

Se dirige este trabajo a aportar una visión clarificadora de la complejidad del escenario de la responsabilidad sanitaria. Complejidad evidenciada en cuantos factores y temática se analizan, los distintos sujetos a los que puede alcanzar, las variadas figuras que pueden aparecer e incluso los distintos ámbitos jurisdiccionales a utilizar. Todo ello en una maraña normativa en los espacios comunitario, estatal y autonómico. Ese repertorio de elementos subjetivos, objetivos, organizacionales, normativos, jurisdiccionales y circunstanciales en el ámbito de la responsabilidad, tiene especialísimas connotaciones en el mundo sanitario y es mostrado aquí con sus peculiaridades, con el objetivo de allegar una visión compleja pero clara y expositivamente suficiente en la dimensión de este trabajo.

La temática de la responsabilidad es tan enjundiosa y extensa que precisa de su desglose en función de la vertiente jurídica que analicemos y así puede abordarse su detalle en la rama civil. Aparecen aquí cuestiones claves como la naturaleza contractual o extracontractual de la relación sanitaria, según los casos y la relevancia jurídica de esta distinción. El daño como determinante de la responsabilidad, con exigencia esencial de examinarlo en su relación causal con la acción u omisión que lo determina, sin olvidar la mención a aquellas causas que exoneran de responsabilidad, aún con la concurrencia del daño, como la fuerza mayor, o aquellas otras que limitan tal responsabilidad, como la interesante construcción jurídica de la concurrencia de culpas. No puede eludirse el examen de cuestiones capitales en la responsabilidad exigible a los profesionales sanitarios, como si aquella ha de ir referida a los medios disponibles a disposición del profesional o debe garantizar el resultado pretendido con la acción clínica. Otra cuestión capital a mostrar es la referida a aquellos matices de la responsabilidad exigible al profesional que desempeña su cometido como miembro integrado en un equipo asistencial, con el análisis de la responsabilidad propia y la compartida.

Es imprescindible mostrar el escenario competencial de las Administraciones actuantes y su evolución, para poder entender la realidad actual. Examinar de dónde venimos y en dónde estamos. No puede omitirse, pues, el tratamiento de cuestiones de capital importancia, como el fenómeno transferencial de la asistencia sanitaria en gestión centralizada (antiguo

INSALUD) al modelo actual de gestión descentralizada, proceso paulatino comenzado con Cataluña en 1981 y concluido en el conjunto estatal en 2002. La etapa actual, desde hace varios lustros añade, en este complejo escenario organizacional mencionado, la relevancia de la conexión con la gestión pública de los nuevos entes instrumentales para la prestación de la asistencia sanitaria a los usuarios del Sistema Sanitario Público o la presencia de centros privados que prestan asistencia pública bajo la figura del concierto y que, manteniendo con sus médicos una relación profesional de carácter civil, la exigencia de responsabilidad, en este caso, puede deducirse, a elección del paciente, ante el Orden Jurisdiccional Civil o ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo (por considerarse, en este último caso, que ha sido precisamente el Sistema Nacional de Salud el que ha derivado al paciente al centro sanitario concertado.

Conviene alertar, por otra parte, a los profesionales sanitarios del hecho de que, aún cuando la reclamación del paciente o usuario perjudicado se dirija a la Administración en la que prestan servicios aquellos, cabe la posibilidad de que, bajo determinadas condiciones, acaben ellos mismos siendo reclamados de indemnizaciones. Se trata de la llamada repetición o acción de regreso, ejercitable por la Administración Sanitaria hacia el profesional, por el importe indemnizatorio que se ha satisfecho a un ciudadano, por aquella, como compensación del daño que ocasionó aquel a dicho ciudadano, bajo determinadas circunstancias.

Parece oportuno llamar la atención acerca de un instrumento de notoria utilidad en el manejo del cálculo económico de la responsabilidad. Se trata del baremo indemnizatorio, herramienta jurídica de aplicación para fijar el importe de las cantidades a pagar por tal concepto en el seno de la responsabilidad derivada del uso de vehículos a motor y que considera no sólo el daño ocasionado al perjudicado y sus variables, sino el que se pueda ocasionar a los causahabientes de aquel en la consideración compleja de daño emergente y lucro cesante. Reúne, naturalmente, ventajas e inconvenientes este instrumento y se postula por algunos sectores la conveniencia de su traslado, desde su concepción original, a otros ámbitos normativos y en concreto al de la responsabilidad sanitaria en sus variadas vertientes. En la práctica judicial de otros países (fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica), es precisamente en materia de responsabilidad médica donde con más énfasis y argumentos se ha intentado establecer un sistema de límites, baremos, techos o topes en la determinación judicial de la indemnización a satisfacer a la víctima. En España los órganos judiciales suelen hacer uso de dos sistemas valorativos de los daños (la indemnización fijada prudencialmente por el órgano judicial atendidas las circunstancias del caso, en unas ocasiones, y la aplicación de baremos de daños,

en otros casos). Sobre la base de los particulares mecanismos en que se inserta el recurso de casación, no suele encontrarse en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ningún criterio dominante en orden a la determinación de las indemnizaciones. Por otra parte el hecho de que, según reiterada jurisprudencia (al menos en sede judicial civil) la cuantificación del daño quede comúnmente reservada a la soberana apreciación de los órganos judiciales de instancia, hace que resulte aún más dificultosa la búsqueda de criterios jurisprudenciales en la determinación de las indemnizaciones.

RESULTADOS

El Derecho y la Medicina son ciencias diferentes pero no distantes. Vivimos una aproximación, entre ambas, desde hace varia décadas e incluso una superposición parcial. Esta zona común es, precisamente, la del Derecho Sanitario.

Se ofrece en este trabajo un ponderado, pero preciso, análisis de la práctica clínica a la luz del Derecho, mostrando a esta disciplina no bajo la figura de una amenaza, aspecto este asumido equivocadamente por algunos profesionales de la Medicina, sino como una herramienta al servicio de éstos y de los usuarios del Sistema de Salud, poniendo como meta la seguridad jurídica en la práctica asistencial.

Aportar al profesional del derecho una herramienta de análisis y reflexión para valorar cuestiones tan complejas en el mundo jurídico como las que integran la responsabilidad sanitaria. El profesional sanitario podrá efectuar su desempeño en la tranquilidad de conocer sus variables jurídicas y con ello llegar a la capital conclusión de que la práctica asistencial no se integra, solamente, por el componente científico técnico, sino además por otros elementos en el terreno jurídico, aportadores de aspectos complementarios al primer componente mencionado.

El profesional sanitario debe adquirir la convicción de que riesgo y daño están omnipresentes en la práctica clínica y que ocasionalmente están sujetos en su acaecimiento al azar, pero a veces los produce la organización sanitaria o el propio profesional. Sin embargo presencia de error no equivale, necesariamente, a responsabilidad y se muestra cumplidamente a lo largo de este trabajo.

CONCLUSIONES

- El derecho constitucional a la protección de la salud (indebidamente mencionado con frecuencia como derecho a la salud) es incluido en nuestro texto fundamental en su artículo 43 y desarrollado con posterioridad por normativa diversa (Ley General de Sanidad y Ley de Cohesión y Calidad, particularmente) y constituye una de las mayores y más sentidas responsabilidades de los poderes públicos, en apreciación de la ciudadanía. Las formulaciones genéricas precisan, sin embargo, de concreciones y en esta materia se hacen en las carteras de servicios o catálogos prestacionales.

  La asistencia sanitaria a los ciudadanos se presta, en la actualidad, a través de órganos descentralizados: Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, tras la culminación, en 2002, del proceso transferencial de la Sanidad. La Ley General de Sanidad dispuso, en su artículo 50, que en cada Comunidad Autónoma se constituiría un Servicio de Salud, integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos, y cualesquiera otras Administraciones Territoriales Intracomunitarias. En base a dicho precepto se han creado, en cada Comunidad Autónoma, el correspondiente Servicio de Salud, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. En cuanto a su naturaleza jurídica, según los casos, tales servicios se han constituido como organismos autónomos administrativos, entes públicos institucionales o entes públicos de carácter autónomo, adscritos a las Consejerías competentes en materia sanitaria.

  Existe una cartera de servicios estatal, con carácter de suelo prestacional y sobre la cual las distintas comunidades Autónomas pueden hacer mejoras de su contenido. Un ejercicio no demasiado afinado de esta disparidad puede llevar a problemas de inequidad del Sistema.

- Este escenario, complejo organizacional y normativamente, se complica con la concurrencia, junto con los entes públicos, de otras entidades. Unas veces se trata de figuras de los nuevos modelos de gestión, que, aún prestando asistencia pública, lo hacen a través de manifestaciones fuera de la concepción tradicional y utilizando herramientas extraídas del Derecho privado. En otras ocasiones las figuras concurrentes son entidades privadas que prestan asistencia pública bajo la figura del concierto a usuarios de la sanidad pública. Al amparo de estas previsiones

legales se han constituido, como nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios, empresas públicas, fundaciones sanitarias privadas, fundaciones sanitarias públicas y consorcios que, de una u otra forma, combinan disposiciones propias del régimen jurídico administrativo y del privado.

La privatización, como forma de gestión de servicios públicos tradicionales, constituye la segunda fase de un proceso conocido en la doctrina como "huida del Derecho Administrativo", que se manifiesta como inherente a la creación de entes administrativos personificados, de carácter instrumental, cuyos fines e intereses son los mismos de la Administración Pública que ahora se alcanzan empleando una fórmula descentralizadora. El régimen jurídico administrativo de estos entes personificados se establecía en la propia norma que los creaba; régimen jurídico singular, de excepción con respecto al ordenamiento general (específicamente presupuestario y financiero) aplicable a la Administración. La idea era que, para actuar con flexibilidad y eficacia en la satisfacción de las necesidades públicas, había que escapar al estrecho corsé que los procedimientos administrativos representaban.

El proceso derivará en una fase más avanzada, en lo que la doctrina ha denominado "apostasía del Derecho Administrativo". Invocando el principio de eficacia se termina por enfrentarlo con el sistema mismo del Derecho Administrativo; pues lo que ahora se plantea no es un régimen jurídico – administrativo singular, sino un sometimiento casi total al Derecho Privado. El tema, se dice, desborda los límites de la mera teoría de la organización administrativa para replantear nada menos que la cuestión de la distribución de la actividad de las Administraciones Públicas sometidas a régimen jurídico – administrativo o a régimen de Derecho Privado.

- Los sujetos prestadores de esta asistencia a los ciudadanos, los profesionales sanitarios, se encuentran en una posición particularmente delicada en la que el riesgo es una presencia constante y se actúa sobre los bienes más preciados de las personas. La incertidumbre, por otra parte, en la práctica clínica es un factor de riesgo muy importante. Se dice que apenas ninguna decisión clínica se aplica en condiciones de certeza, pocas veces en el terreno de la probabilidad y casi siempre en el de la incertidumbre. La toma de decisiones es compleja, englobando no sólo los aspectos científicos, sino también la intuición; los adelantos tecnológicos y los avances científicos en la diagnosis y tratamiento de las enfermedades van precedidos

de incertidumbre y, por tanto, se caracterizan por la nota del riesgo potencialmente afectante.

En ocasiones, a los profesionales sanitarios, se les exige solamente el adecuado uso de los medios, pero en otros casos han de obtener el resultado pretendido con la acción clínica y en según el concreto caso pueden ser denunciados a través de los Órdenes Jurisdiccionales Penal, Contencioso Administrativo y Civil e incluso en la vía disciplinaria. Esta disparidad procesal ante casos sustancialmente idénticos produce resoluciones judiciales distintas, con el desconcierto de los propios profesionales y de los operadores jurídicos intervinientes. En el aspecto sustantivo el reconocimiento expreso, en normas de carácter legal y reglamentario, tanto estatales como autonómicas, de un catálogo de derechos de los pacientes, ha dado lugar, fundamentalmente desde la entrada en vigor de la LGS, a frecuentes reclamaciones contra los médicos, con fundamento en el daño moral producido al paciente por la falta de información o de prestación de consentimiento por éste, circunstancia ésta que ha sido calificada por la jurisprudencia como daño moral autónomo o independiente de los daños físicos derivados del procedimiento diagnóstico y terapéutico que lleva a cabo el médico y que ha dado lugar a un incremento de la litigiosidad en esta materia.

- La responsabilidad se exige ocasionalmente, además de a los profesionales individualmente considerados a la Administración Sanitaria. Responde, ésta, en el ámbito patrimonial o indemnizatorio, de los daños que, ocasionados a un usuario o paciente, éste no tenga el deber jurídico de soportar y sin perjuicio de la posibilidad de reclamar del profesional que hubiera ocasionado el daño por culpa grave el importe satisfecho en la indemnización al perjudicado.

  La característica más definitoria de la exigencia indemnizatoria a la Administración sanitaria es el carácter de objetiva de su responsabilidad. Pero es necesario prevenirse contra una aplicación desmedida de la exigencia de responsabilidad alejada de cualquier atisbo de culpa. Este sistema constituye una indudable conquista, pero que empieza a tener grietas al haber desbordado sus resultados las más generosas previsiones. Debe evitarse una interpretación tan distorsionada de la responsabilidad que identifique esa institución jurídica con un seguro a todo riesgo. El llamado "Estado del Bienestar" no convierte a las Administraciones Públicas en "Aseguradoras Universales" de todos los daños, desgracias, impericias o perturbaciones que sufren

los ciudadanos. La fijación administrativa de unos estándares de eficacia exigibles al Sistema Nacional de Salud no sólo es una importante garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y administrados, sino que puede contribuir de forma relevante al progresivo desarrollo y mejora de una eficacia administrativa que, en última instancia, se orienta a la recta satisfacción de los intereses generales.

- Se muestra el aseguramiento como una pieza esencial para desplazar el importe indemnizatorio a una compañía mediante el pago de la prima correspondiente. Cumple una doble función en cuanto a los sujetos responsables de la indemnización. Respecto de los profesionales, individualmente considerados, aportarles la tranquilidad de la salvaguarda de su patrimonio personal, ante la amenaza de resarcimiento de cantidades muchas veces superiores a sus posibilidades de respuesta económica. Para la Administración sanitaria se pensó en la posibilidad de autoseguro, por la abundancia teórica de sus recursos económicos y la realmente escasa siniestralidad que presenta la actuación sanitaria, en proporción al número de actos clínicos desarrollados. Hay otro efecto beneficioso añadido cual es el propiciar que los pacientes y/o sus familiares puedan obtener una indemnización económica de manera rápida en aquellos casos en que, bien los órganos judiciales, ya los gestores del seguro de responsabilidad, así lo acordasen.

  La situación actual de aseguramiento, con independencia de las anteriores consideraciones, tiene la incuestionable ventaja de ajustar anualmente el presupuesto con la inclusión de la cuantía de la prima de aseguramiento y arrancar el ejercicio con un escenario conocido en el que los sobresaltos económicos sean los menos posibles.

- Pagar los errores, cuando lamentablemente se produzcan, parece que podría ser la pieza de cierre del servicio sanitario. Se procura no incurrir en equivocación, pero si sobreviene ésta se paga. Es una visión demasiado simplista, pues la práctica asistencial, por la importancia de los valores personales y bienes jurídicos sobre los que recae está urgida de desempeñarse sobre bases de calidad.

  Resulta ineludible de todo punto, desde esta visión integradora, evitar las causas de las reclamaciones y, sólo en última instancia – en el caso de que no se pueda evitar la producción del siniestro – indemnizarlas. A consecuencia de ello debe intentarse obtener la mejor información posible sobre los incidentes ocurridos en

los centros, servicios y establecimientos sanitarios, con el fin de poner en marcha las medidas preventivas oportunas y evitar, de este modo, la producción de los siniestros, finalidades estas que constituyen, en suma, el objeto de la gestión de los riesgos sanitarios y de la atención que prestan a usuarios y pacientes. Hace varias décadas se introdujo en determinados sectores de la empresa privada la figura del Gerente de Riesgos cuyo cometido esencial consistía en la gestión de las pólizas de aseguramiento; esta misma gestión, sólo que trasladada al ámbito de gestión público, es la que se ha venido impulsando en nuestro país en los últimos años, solo que el cometido del Gestor de Riesgos consiste ahora en la descripción de las actividades a desarrollar para minimizar los efectos negativos de las posibilidades de acontecimiento de los siniestros.

No es sencilla, sin embargo, la gestión de los riesgos, cuya adecuada política debe integrar un triple ámbito de acciones: Identificación del riesgo (elaboración de un listado que incluya todos los hipotéticos riesgos derivados de la actividad asistencial, análisis del riesgo). Una vez identificados los posibles riesgos debería realizarse una valoración de los mismos (sobre cuál es la frecuencia con la que acontecen y cuál es su coste económico, con el fin de poder determinar la gravedad de cada uno de los riesgos). En tercer lugar el tratamiento de los riesgos (con doble espacio de actuaciones: control del riesgo y financiación del riesgo, cuando no puede evitarse o disminuirse la situación de riesgo, se deben establecer mecanismos que permitan indemnizar las consecuencias de los siniestros).

- Dejando fuera de duda, en el terreno normativo y en su aplicación jurisprudencial, la posibilidad de exigencia de responsabilidad por el daño sanitario no asumible, aparece, de inmediato, la necesidad de instrumentos adecuados para dimensionar el daño en su evaluabilidad económica y trasladar la indemnización al perjudicado. Tras la reforma legal operada en el año 1998, mediante la cual se promulgó la LJCA y se dio nueva redacción al artículo 9 de la LOPJ, conforme a la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa, junto con la Penal, son las únicas que en la actualidad conocen los procedimientos tendentes a la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias y a la exigencia de la responsabilidad penal de los facultativos (al menos en el ámbito de la relación jurídica pública en la que prestan sus servicios los médicos de los Servicios de Salud) no parece oportuno que existan diferentes sistemas valorativos de los daños.

En la Jurisdicción Penal, la determinación de la cuantía indemnizatoria suele llevarse a cabo, discrecionalmente, por el órgano sentenciador. Sin embargo, en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la normativa administrativa cuenta con una norma específica, que determina los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización de los daños y perjuicios, constituida por el artículo 141 de la LRJAP-PAC, también de difícil aplicación a los daños sanitarios, por la especificidad de los mismos. Todo ello configura un obstáculo añadido a la buena gestión del seguro de responsabilidad profesional pues, aun existiendo acuerdo, en muchas ocasiones, entre el paciente, la Administración y la Compañía Aseguradora, sobre la existencia y realidad de los requisitos que dan lugar a la indemnización, la posible transacción se frena porque las partes interesadas en el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad no alcanzan un acuerdo final sobre la concreción de la cuantía a indemnizar y, como consecuencia de ello se producen perjuicios tanto para el Sistema Nacional de Salud, como para el paciente y, asimismo, para la Compañía Aseguradora.

- El baremo indemnizatorio, para ajustar las cuantías se muestra como una herramienta irremplazable en esta materia de la responsabilidad sanitaria. Su aprobación es esperada por los operadores del derecho y cualquier actor informado en el escenario sanitario. Tras diversas intentonas nos encontramos en un momento esperanzador al haberse incluido este asunto entre los temas de inquietud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Deberá traer uniformidad en la aplicación de las responsabilidades indemnizatorias en el ámbito jurisdiccional y el efecto añadido de abaratar las primas de aseguramiento al poder ajustar cálculos actuariales, cuestión actualmente poco menos que imposible. La dificultad de determinación de la indemnización impide el perfecto ajuste de la prima por resultados, habida cuenta que resulta frecuente que en las pólizas de aseguramiento, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, se pacte que el asegurador debe mantener una cuenta de experiencia producida por la explotación de la prima, y que el saldo de la cuenta de experiencia se calcule anualmente teniendo en cuenta diversas variables como son, entre otras, el volumen de los siniestros pagados por el asegurador durante los años de correncia. No hay que olvidar, por otra parte, que la Compañía Aseguradora se ve obligada a la constitución de reservas para responder de eventuales y futuras indemnizaciones, dificultándose de este modo la regularización definitiva de las primas netas de las pólizas. Es, por tanto, imperativa la necesidad de

promulgación de una Ley que establezca un baremo por daños sanitarios, para dotar de eficacia y seguridad a los mecanismos asegurativos._

La experiencia del baremo aplicable a los accidentes de tráfico, cuya adecuación a nuestro ordenamiento jurídico fue inequívocamente reconocido por el Tribunal Constitucional, está teniendo muy positivos efectos más allá de la siniestralidad diaria, ya que a falta de una herramienta jurídica similar para los daños sobrevenidos en el ámbito sanitario, Juzgados y Tribunales, vienen aplicándolo con frecuencia por analogía.

Sin embargo, hay un cierto número de secuelas que no están contempladas en el baremo aplicable a los accidentes sobrevenidos por accidentes de tráfico. Ello hace recomendable disponer de un baremo complementario para este tipo de supuestos, valoración positiva que ya está acogida en otros países (recientemente Portugal) y también se ha visto reflejada en el proyecto de baremo europeo, que se está tramitando para el personal de las instituciones comunitarias.

Para facilitar la utilización de tal baremo que ha de tener carácter complementario, este último habría de establecerse y articularse con la misma metodología del baremo aplicable a los accidentes de tráfico (modalidad de la secuela, sistema u órgano afectado, tramos de edad, valoración por puntos).

El establecimiento de un baremo complementario y orientativo para valorar las secuelas derivadas de daños sanitarios, constituiría un nuevo avance en la gestión de nuestro sistema sanitario, ya que, a la postre, dar certidumbre y seguridad jurídica, aportan calidad a favor de los pacientes.

Por todo ello mientras llega la Ley que establezca un baremo por daños sanitarios, se haría necesario incorporar una nueva Disposición Adicional a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley 16/2003, de 28 de mayo), en la cual se encomiende al Gobierno la aprobación del correspondiente texto reglamentario en el que se detallen los elementos básicos de tan repetido baremo, así como las correspondientes normas de aplicación.

- El sistema de objetivación de la responsabilidad y la exigencia indemnizatoria bajo estas condiciones se encuentra presente, actualmente, en el espacio comunitario. Los proyectos normativos apuntan hacia el mantenimiento de un sistema de protección a la víctima, tendiendo hacia un sistema de responsabilidad objetiva y hacia el empleo de técnicas propias de la solidaridad, así como a la imposición de la carga de la prueba de la ausencia de culpa al prestador de los servicios, tal y como se apuntó en la exposición sobre la responsabilidad civil de los médicos al aludir a la LGDCU. A principios de la década de los 90 fue ilustrativa en esta materia la Propuesta de Directiva del Consejo, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 18 de enero de 1991, sobre el régimen de prestación de los servicios públicos, que pretende aplicarse a todo "servicio", entendiendo por tal cualquier prestación realizada "a título profesional o de servicio público", expresión ésta que, como es obvio, comprende todos los servicios llevados a cabo por las Administraciones Públicas y, entre ellas, las Sanitarias.

THE LIABILITY OF PHYSICIANS AND INSTITUTIONS OF THE NATIONAL HEALTH SYSTEM

DOCTORAL THESIS SUMMARY

DIRECTED BY THE EMERITUS PROFESSOR OF LABOUR LAW AND SOCIAL SECURITY, DR. D. ALFREDO MONTOYA MELGAR

INTRODUCTION

The importance, in the regulatory aspect in Spain, that the law on the protection of health attains is evidenced in our current legal system by the fact of its constitutional origin, which, following its evolution, begins with a first stage in which the Law 14/1986, the General Health Care Law, was enacted, and at the present time it is shown with the enactment of laws of such significance as the Law 16/2003, on Cohesion and Quality of the National Health System.

The repertoire of subjects to set forth in this area is extremely varied and complex. An element of primary importance, in the health care scenario, is its organisational and institutional aspect, but this aspect becomes impossible to develop without taking on the human element which, being integrated in the previous aspect, covers the performance element of the health care system: its professionals. It is a noteworthy fact that the physicians of the National Health System currently face very numerous, and at times different, types of risks: those derived from the health praxis related to the provision of health care to the patients; risks derived from the handling of many health products and biological and chemical substances; risks derived from the complexity of the equipment and installations that they handle and use and, of course, risks brought on by the relational complexity with users and patients as receivers of the health care. In other terms, the medical activity is a praxis of risk and with risk.

The perception of this reality by the health care professionals themselves constitutes one of the most feared aspects of their labour, in the concern of seeing themselves at some time affected by a criminal complaint. This liability of the professionals, which the current Criminal Code generously includes, is translated in very diverse criminal figures and is

treated, as a singular detail, in this regulatory code, through types such as the failure to provide health care, the unauthorised practice of medicine, genetic manipulation or violation of professional secret, also including other more generic figures such as homicide, toxic drugs and narcotics or money laundering. The analysis of civil fault or of criminal fault, with its evident differences, or the nuances required for the forms of wilful or negligent commission of the cited criminal behaviour is of critical importance. In the area of personal liability of the health care professional and in the same punitive channel, but outside the criminal terrain, is found disciplinary liability, to which one is subjected for professional non-compliance in the midst of the relationship that links him to an organisation on which he depends and which exercises over him, in these cases, its power of direction and control.

The vast terrain of health care liability is not exhausted, however, by taking the health care professionals as agents. We can have as the protagonist the health care Administration, in which case we will turn to the figure of property liability, one of the most complex and extensive legal constructions, in this area, with a multitude of facets. Its basic and defining characters, in the Public Administrations, are its objective condition (the occurrence of fault is not required for its determination), its direct nature (the action is directed against the Administration and not against the professional who possibly caused the damage) and the relevance of the qualifier of "unlawful" for the damage caused to the victim, an authentic activating lever of liability, in such a way that we can find ourselves in cases of indemnifying demand even with a normal functioning of the service.

A key piece in the liability is insurance. The very high amount of some indemnities makes their payment normally exceed individual economies and obliges the contracting of insurance policies that guarantee this coverage and provide the necessary tranquillity to the professionals. On other occasions, the motive for signing the insurance policies is the legal obligation that requires public entities to have insurance for the personnel who provide service in their health care organisations. In both cases the technique of the insurance is to pass the (economic) liability of the insured to the insurer by means of the payment of the premium or insurance amount. And the usual of delimiting difficulties of any insurance occur: risk, damage, acting subjects... The feasibility of the insurance is of concern, currently, which passes through an adequate risk management in the health care activity. It is as a consequence of the increase of filed complaints against the health care professionals, noted since 1980, as well as the increase of the indemnifying amounts, that a noticeable concern was provoked in the health care managers.

OBJECTIVES

This paper is aimed at providing a clarifying view of the complexity of the scenario of health care liability. Evidenced complexity in all the factors and subject matter analysed, the different subjects it can reach, the varied figures that may appear and even the different jurisdictional areas to use. All of them are in a regulatory tangle in the European community, State and regional areas. This repertoire of subjective, objective, organisational, regulatory, jurisdictional and circumstantial elements in an area of liability has very special connotations in the health care world and is shown here with its peculiarities, with the objective of arriving at a complex but clear and explanatorily sufficient view in the dimension of this paper.

The subject matter of liability is so substantive and extensive that it requires being broken down in relation to the legal aspect that we analyse; therefore, we begin by approaching in detail its dimension in the civil branch. Key questions appear here such as the contractual or extracontractual nature of the health care relationship, according to the cases and the legal relevance of this distinction. The damage as a determining factor of the liability is examined in its causal relationship with the action or omission that determines it, without forgetting the mention of those causes that exonerate it from liability, even with the occurrence of damage, such as force majeure, or those others that limit such liability, such as the interesting legal construction of the concurrence of faults. The examination of major questions in the liability required of the health care professionals cannot be avoided, such as whether the liability must be referenced to the means available at the disposal of the professional or that it should guarantee the result intended with the clinical action. Another important question to demonstrate is that referring to those nuances of the liability demandable from the professional who performs his task as a member of a health care team, with the required analysis of the singular or shared liability.

It is also essential to show the scenario of competence of the acting Administrations and its evolution, in order to be able to understand health care liability in its current reality. The treatment of questions of major importance cannot be omitted, such as the phenomenon of transferring health care with centralised management (the former INSALUD) to the current decentralised management, a gradual process begun in Cataluña in 1981 and concluded in the entire State in 2002. The present stage has been adding for several years to this complex organisational scenario the relevance of the connection with the public management of the new instrumental entities for providing health care to the users of the Public Health

Care System or the presence of private centres that provide public care under the figure of a contract and which, maintaining a professional relationship of a civil character with their physicians, allows that the requirement of liability is able to be filed, at the patient's choice, before the Civil Jurisdictional Order or before the Contentious Administrative Jurisdictional Order (for considering, in this last case, that it was precisely the National Health Care System that referred the patient to the contracted health care centre).

It is advisable to alert, on the other hand, the health care professionals of the fact that, even when the complaint of the injured patient or user is directed to the Administration that provides the services, there is the possibility that, under certain conditions, they themselves end up being the subject of the indemnity claim. It deals with the so-called repetition or return action, which can be exercised by the Health Care Administration towards the professional, for the indemnifying amount paid by it to the citizen, as compensation for the damage that this professional caused to the citizen.

It seems advisable to call attention to an instrument of noteworthy use in the handling of the economic calculation of the liability. It deals with the compensation scale, a legal tool applied to setting the amount of the quantities to pay in the context of the liability derived from the use of motor vehicles and that considers not only the damage caused to the victim and its variables, but also that which can be caused to the right-holders of the latter in the complex consideration of consequential damages and loss of profits. This instrument unites, naturally, advantages and disadvantages, and the advisability of its transfer, from its original conception, to other regulatory areas and specifically to that of health care liability in its varied aspects is postulated by some sectors. In legal practice of other countries (basically in the United States of America), it is precisely in the subject of medical liability where more emphasis and arguments have tried to establish a system of limits, scales, ceilings or caps in the judicial determination of the indemnity to pay to the victim. In Spain the judicial bodies usually make use of two systems to assess the damages: the indemnity prudentially set by the judicial body according to the circumstances of the case, on some occasions, and the application of the injury scales, in other cases. On the basis of the particular mechanisms in which the cassation appeal is inserted, no dominating criterion is usually found in the jurisprudential doctrine of the Supreme Court regarding the determination of the indemnities. On the other hand, the fact that, according to reiterated jurisprudence (at least in the civil courts), the quantification of the damage is commonly reserved for the sovereign appreciation of the

first instance, courts makes the search for jurisprudential criteria even more difficult in the determination of the indemnities.

RESULTS

Law and Medicine are different but not distant sciences. The two have been moving towards each other for various decades and there is even a partial overlapping. This common area is, precisely, that of Health Care Law.

An analysis is offered in this paper, that is intended to be weighted and precise, of the clinical practice in light of the Law, not under the figure of a threat -an aspect assumed equivocally by some professionals of Medicine- but rather as a tool at the service of the professionals and for the use of the Health Care System, whose goal is legal security in the health care practice.

By providing the law professional with an analysis and reflection tool for assessing legal questions as complex as those that health care liability entails, the health care professional can carry out his work in the tranquillity of knowing his legal variables and, with this, reach the significant conclusion that health care practice is not made up by only the technical scientific component, but also by other elements of a legal character, suppliers of complementary aspects to the cited primary component.

The health care professional should acquire the conviction that risk and damage are omnipresent in clinical practice and occasionally subject to occurrence by chance, but sometimes the health care organisation or the professional himself produces them. However, the presence of error does not equate, necessarily, liability as this paper tries to show.

CONCLUSIONS

1st The constitutional right to health care protection (unduly mentioned frequently as the right to health) is included in our basic text in its Article 43 and enacted later by different laws (General Health Care Law and Law of Cohesion and Quality, in particular) and constitutes one of the major and most important liabilities of the public powers. The

generic formulation of the law requires, however, specifications that in this subject are made through the portfolios of services or catalogues of benefits.

Health care is provided to the citizens, at present, through the decentralised bodies: the Health Care Services of the Autonomous Regions, after the culmination, in 2002, of the transference process of Health Care. The General Health Care Law states, in its Article 50, that a Health Care Service will be constituted in each Autonomous Region, integrated by the corresponding centres, services and establishments of the Region, Provincial Councils, City Councils and any other Intracommunity Territorial Administrations. Based on this precept, the corresponding Health Care Service has been created in each Autonomous Region, allocated with its own legal personality and full capacity to fulfil its aims. As for its legal nature, depending on the cases, such services have been constituted as autonomous administrative organisations, public institutional entities or public entities of an autonomous character, attached to the Regional Ministries competent in matters of health care.

There is a State portfolio of services, with the character of "basic benefits" and on which the different Autonomous Regions can make improvements of its contents. An exercise not very fine-tuned of this disparity can lead to problems of inequality of the System.

2nd This scenario, whose organisational and regulatory complexity is complicated by the concurrence, along with the public entities, of other entities. At times it deals with figures of the new management models, which, while providing public health care, do so through manifestations outside the traditional conception and using tools extracted from private Law. On other occasions, the concurring figures are private entities that provide public health care under the figure of a contract with users of public health care. Under these legal provisions, as new management forms of health care services, private health care foundations, public health care foundations and consortiums have been constituted that, in one way or another, combine provisions typical of the administrative legal system and the private system.

Privatisation, as a management form of traditional public services, constitutes the second phase of the process known in the doctrine as "flight from Administrative Law", which is manifested in the creation of personified administrative entities, of an instrumental character, whose purposes and interests are the same as the Public Administration, which

is now reached using a decentralising formula. The administrative legal system of these personified entities is established in the law that created them; a singular legal regime, as an exception with respect to the general legal system (specifically in budgetary and financial areas) applicable to the Administration. The idea was that, in order to act with flexibility and efficiency in the satisfaction of the public needs, it had to escape from the narrow corset that the administrative procedures represented.

The process derived into a more advanced phase, in which the doctrine has been called "defection of Administrative Law". Invoking the principle of effectiveness, it ended up being confronted by the very system of Administrative Law; since what was now posed was not another singular administrative-legal system, but rather an almost total subjugation to Private Law. The subject, it is said, surpasses the limits of the mere theory of administrative organisation to the reconsideration of nothing less than the question of the distribution of the activity of the Public Administrations subject to administrative-legal regime or to the Private Law regime.

3rd The providers of this health care to the citizens, the health care professionals, are in a particularly delicate position in which risk is a constant presence and acts on the most precious assets of the people. Uncertainty, on the other hand, in clinical practice is a very important risk factor. It is said that almost no clinical decision is applied in conditions of certainty, few times in the terrain of probability and almost always in that of uncertainty. Decision making is complex, encompassing not only the scientific aspects, but also intuition; technological advances and the scientific advances in the diagnosis and treatment of diseases are preceded by uncertainty and, therefore, are characterised by the degree of potentially disturbing risk.

On occasions, only the adequate use of the means is asked of the health care professionals, but on other occasions they have to obtain the intended result with the clinical action, in such a way that, according to the specific case, they can be denounced through the Criminal Jurisdictional, Contentious-Administrative and Civil Orders and even through the disciplinary channel. This procedural disparity in view of substantially identical cases produces different judicial rulings, which causes consternation in the professionals and the intervening legal operators. In the substantive aspect, the express recognition, in rules of a legal and regulatory character, both State and regional, of a catalogue of patients' rights, has led, basically from the entry into effect of the LGS [General Health Care

Law, acronym in Spanish], to frequent complaints against the physicians, based on the moral damage produced in the patient for lack of information or of consent provided by him, a circumstance that has been qualified by the jurisprudence as autonomous moral damage or independent of the physical damage derived from the diagnostic and therapeutic procedure that the physician carries out and which has led to a great increase in litigation in this subject.

4th Liability is occasionally required from, in addition to professionals considered individually, the Health Care Administration. The Administration responds in the property or indemnifying area for the damages that were caused to a user or patient that the latter does not have the legal duty to withstand; without prejudice of the possibility of its claiming from the professional that had caused the damage through gross negligence the amount paid as the indemnity to the complainant.

The most defining characteristic of the indemnifying demand to the Health Care Administration is the objective character of its liability. But it is necessary to protect against an excessive application of the requirement of liability distanced from any hint of negligence. This system constitutes an undoubtable achievement, but it begins to have cracks by having its results exceed the most general forecasts. Such a distorted interpretation of the liability must be avoided that identifies that legal institution with an all-risk insurance. The so-called "State of Wellbeing" does not convert the Public Administrations in "Universal Insurers" of all the damages, misfortunes, inexperience or distress that the citizens suffer. The administrative setting of some standards of effectiveness demandable of the National Health Care System not only is an important guarantee of the rights and interest of the citizens and administrators, but rather that it can contribute in a relevant manner to the progressive development and improvement of an administrative effectiveness that, in the last instance, is oriented to the fair satisfaction of the general interests.

5th Insurance is shown as an essential piece for displacing the indemnifying amount to a company by means of the payment of the corresponding premium. It fulfils a double function regarding the liable subjects of the indemnity: with respect to the professionals, considered individually, it gives them the tranquillity of safeguarding their personal property, in view of the threat of indemnification of amounts much higher than his possibilities of economic response, and for the Health Care Administration

it is considered in the possibility of self-insurance, for the theoretical abundance of its economic resources and the really low claim rate that health care actions present, in proportion to the number of clinical acts performed. There is another added beneficial effect which is that of bringing about the fact that the patients and/or their family members may obtain an economic indemnity rapidly in these cases in which, either the judicial bodies or the liability insurance managers agree to it.

The current situation of insurance, independent of the previous considerations, has the unquestionable advantage of annually adjusting the proposal with the inclusion of the amount of the insurance premium and start the financial year with a known scenario in which the economic surprises are as few as possible.

6th Paying for the errors, when they unfortunately occur, seems to be the closing number for the health care service. It tries not to incur in errors, but if it does, it pays. This vision is too simplistic, since the health care practice, due to the importance of the personal values and legal assets on which it falls, is impelled to be performed on bases of quality.

It is inevitable in any case, from this integrating vision, to avoid the causes of the complaints and, only in the last instance –in the case that the production of the claim cannot be avoided- to indemnify them. As a consequence of this, the best information possible on the incidents occurred in the health care centres, services and establishments must be obtained, for the purpose of putting into motion the appropriate preventive measures and avoid, in this way, the production of the claims; such aims constitute, in the end, the purpose of the health care risk management and of the care that is provided to users and patients. Several decades ago, the figure of the Risk Manager was introduced in certain business sectors whose essential assignment consisted of the management of insurance policies; this same management -only transferred to the public arena- is that which has been driven in our country in recent years, although the duty of the Risk Manager now consists of the description of the activities to carry out to minimise the negative effects of the possibilities of the occurrence of the accidents.

The management of risks, however is not simple, and its appropriate policy must integrate three action areas: a) Identification of the risk (preparation of a list that includes all the hypothetical risks derived from the health care activity, risk analysis). b) Once the possible risks are identified, an assessment of them must be made (on what

is the frequency of their occurrence and what is their economic cost, for the purpose of being able to determine the severity of each of the risks). c) In the third place, one must undertake the treatment of the risks (with double area of actions: controlling the risk and financing the risk; when the risk situation cannot be avoided or diminished, mechanisms should be established that allow indemnifying the consequences of the claims).

7th Leaving the possibility of demanding liability for health care damage that cannot be assumed beyond doubt in the regulatory terrain and in its jurisprudential application, the need immediately appears of adequate instruments to dimension the damage in its economic evaluability and to transfer the indemnity to the injured party. After the legal reform of the year 1998, by which the LJCA [Law of Contentious-Administrative Jurisdiction] was enacted, and new wording was given to Article 9 of the LOPJ [Law of Judicial Power], according to which the Contentious Administration and Criminal Jurisdiction are the only ones that at present hear the proceedings aimed at the demand for property liability of the Public Health Care Administrations and the demand for the criminal liability of the professionals (at least in the area of the public legal relationship in which the doctors provide their services of the Health Care Services), it does not seem appropriate that there are different assessment systems of the damages.

In the Criminal Jurisdiction, the determination of the indemnity is usually carried out, discretionally, by the sentencing body. However, in the Contentious Administrative Jurisdiction, the administrative regulations have a specific rule that determines the criteria that must be taken into account when setting the indemnity of the damages and losses, constituted by Article 141 of the LRJAP-PAC [Law on Legal System of the Public Administrations and of the Common Administrative Procedure], also of difficult application to health care damages, due to their specificity. All this makes up an added obstacle for the good management of the professional liability insurance since, even when an agreement exists, in many cases, between the patient, the Administration and the Insurance Company on the existence and the reality of the requisites that can lead to the indemnity, the possible transaction is slowed because the interested parties in the administrative proceedings of demanded liability do not reach a final agreement on the specification of the amount to be paid and, as a consequence, losses are produced for the National Health Care System as well as for the patient and, therefore, for the Insurance Company.

8th The indemnity scale, in order to adjust the amounts, is shown as an irreplaceable tool in this subject of health care liability. Its approval is expected with impatience by the operators of the law and any informed actor in the health care scenario. After different attempts, we find ourselves at a hopeful moment as this matter has been included among the subjects that concern the Ministry of Health, Social Services and Equality. The approval of this scale must bring uniformity to the application of the indemnifying liabilities in the jurisdictional area and the added effect of lowering the costs of insurance premiums by being able to adjust the actuarial calculations, a question currently little less than impossible. The difficulty of determining the indemnity impedes the perfect adjustment of the premium by results, as it frequently results that in the insurance policies, under the shelter of the autonomy of the will of the contracting parties, it is agreed that the insurer must maintain an experience account produced by the exploitation of the premium, and that the balance of the experience account is calculated annually taking into account different variables such as, among others, the volume of the claims paid by the insurer during the years of occurrence. One must not forget, on the other hand, that the Insurance Company is required to constitute reserves in order to respond for possible and future indemnities, in this way making difficult the definitive regularisation of the net premiums of the policies. The need is, therefore, imperative, of enacting a Law that establishes a scale for health care damages, in order to provide effectiveness and security to the insurance mechanisms.

The experience of the scale applicable to traffic accidents, whose adaptation to our legal system was unequivocally recognised by the Constitutional Court, is having very positive effects beyond the daily claim rate, since, lacking a similar legal tool for the damages occurring in the health care field, Courts are applying it frequently through analogy.

However, there is a certain number of sequelae that are not considered in the scale applicable to the accidents occurring through traffic accidents. It is recommended to have a complementary scale for this type of cases, a positive assessment that is already taken up in other countries (recently, Portugal) and which has also been reflected in the draft European scale, which is being processed by the personnel of the European community institutions.

In order to facilitate the use of such a scale, which must be of a complementary nature, it must be established and articulated with the same methodology as the scale applicable to

the traffic accidents (sequela modality, affected system or organ, age brackets, assessment by points).

The establishment of a complementary and guiding scale for assessing sequelae derived from health care damage would constitute a new advance in the management of our health care system, since, in the end, giving certainty and legal security contributes quality in favour of the patients.

For all of this, until the Law that establishes a scale for health care damages arrives, it would be necessary to incorporate a new Additional Provision to the Law of Cohesion and Quality of the National Health Care System (Law 16/2003, of 28 May), in which the approval of the corresponding regulatory text is entrusted to the Government, in which are detailed the basic elements of the often repeated scale, as well as its rules of application and development.

9th The system of objectifying the liability and the indemnifying demand under these conditions are present, currently, in the European Community area. The regulatory drafts point towards the maintenance of a system of protection of the victim, leaning towards a system of objective liability and towards the use of techniques typical of solidarity, as well as to the imposing of the burden of proof of the absence of negligence on the provider of the services, as was noted in the explanation on civil liability of the physicians by alluding to the LGDCU [General Law for the Defence of Consumers and Users]. At the beginning of the decade of the 1990's, the Proposal of the Council Directive, published in the Official Journal of the European Communities of 18 January 1991, on the regime of providing public services, was illustrative. It was intended to be applied to any "service", understanding by such any provision carried out "on a professional basis or as a public service", an expression that, as is obvious, includes all the services carried out by the Public Administrations and, among them, those of Health Care.

INTRODUCCIÓN

LA SANIDAD Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD; EL MODELO CONSTITUCIONAL Y SU DESARROLLO

Es de todo punto evidente que la regulación de la sanidad tiene un lugar, y no precisamente menor, en el orden constitucional regulador de la convivencia en la sociedad, constituyendo un factor de integración social en constante renovación.

En la regulación contenida en la CE, el artículo 43 no se ocupa ni menciona expresamente la sanidad, dejando dicha función a las normas que desarrollan el citado artículo, fundamentalmente, la LGS, de 25 de abril de 1986, la LGSS, cuyas disposiciones en materia de servicios sanitarios de la Seguridad Social se hallan hoy vigentes por declararlo de este modo la Disposición Derogatoria Única de la LGSS – y la LCC. [1]

Además del precepto constitucional citado, se menciona la "sanidad e higiene" en el apartado 21 del artículo 148.1 de la CE, como materia en la que las Comunidades Autónomas pueden asumir el completo bloque de la legislación y ejecución, si bien esta previsión ha de entenderse conectada, con la exclusión de la "sanidad exterior" que el apartado 16 de su artículo 149.1 reserva para el ejercicio exclusivo del Estado, en el marco de las bases y la coordinación general de la entera sanidad y de la legislación sobre productos farmacéuticos, que dicho precepto atribuye igualmente a las instituciones del Estado, sin perjuicio de otros niveles normativos complementarios[2].

Constitucionalmente, la sanidad es, pues, un valor relevante para el interés general, apareciendo regulada por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, como principio

---

1 M. ALONSO OLEA. *Las prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social*. Civitas. Estudios de Derecho Laboral. Madrid 1994. Págs. 26 y ss.

2 STCo 99/2012 de 8 de mayo: …en atención a nuestra doctrina (al respecto SSTC 214/1994, de 14 de julio [RTC 1994, 214] , FF. 7 y 10, y 128/1999 [RTC 1999, 128] , F. 15, entre otras) es indudable que, como regla general, la normativa básica en una determinada materia ha de venir establecida en una norma con rango de Ley que proclame expresamente su carácter básico, admitiendo dicha regla general que aspectos básicos de una determinada materia vengan establecidos por normas de rango reglamentario cuando resulten complemento necesario para garantizar el fin al que responde la competencia estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad…

rector de la política social y económica, puesto que las Constituciones anteriores se habían limitado a regular el derecho a la vida. [3]

La firmeza de esta consideración ha sido muy matizada en aplicación práctica, como veremos más adelante y como apunta Palomar Olmeda[4]: *"… El legislador ha sido errático en la configuración legal del derecho a la salud. Su vinculación-desvinculación de la seguridad social, su apertura a la sanidad universal, sin límites…la reconducción drástica, con la reducción a colectivos de gasto… o finalmente le vinculación, de nuevo, a la condición de asegurado…"*

1. Los artículos 41, 43, 148 y 149 de la Constitución

El art. 43.1 CE, con el carácter de principio rector de la política social y económica – con el contenido y alcance establecido al efecto en el artículo 53.3 de la CE – reconoce el derecho a la protección de la salud.

a) Poderes Públicos y derechos individuales

En primer lugar, compete a los Poderes Públicos organizar y tutelar la salud pública. Así se infiere de los apartados 2 y 3 del citado artículo 43, en los que, literalmente, se dispone que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública..." y que "los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria...".

En la regulación constitucional, la protección de la salud[5] aparece prevista de la manera más amplia posible Tiene la protección de la salud carácter público porque es responsabilidad

3 C. CLIMENT DURÁN. *Tribunal Constitucional.Doctrina sistematizada en materia civil y penal. Aspectos sustantivo y procesal*. Tomo I. Editorial General del Derecho, S. L. Valencia. 1994. Pags. 159 a 175.

4 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 52

5 Protección a la salud como derecho y no derecho a la salud, como se escucha ocasionalmente. STCo 87/2009, de 20 de noviembre: *el art. 43 consagra, como no podía ser de otra forma, no el derecho a la salud sino a "la protección de la salud".*

última del Estado, comprendiendo tanto la dimensión individual como colectiva, y así lo acredita el reconocimiento del derecho de toda persona a la protección a la salud, la imposición a los poderes públicos del deber de fomento a la educación sanitaria y, finalmente, la expresa indicación de las medidas preventivas[6] y de las prestaciones y servicios necesarios, como medios de organización y la tutela pública de la salud.

Esta diferenciación apuntada, entre salud pública y salud individual es abordada con precisión por Alberto Palomar[7], cuenco expresa que: "…*El artículo 43 de la CE diferencia entre salud individual y salud pública y establece, claro está, dos círculos de protección diferenciados… la conectividad entre ambos conceptos resulta más que evidente en nuestros textos normativos… y sólo en el ámbito prestacional pueden apreciarse elementos diferenciales…"*

En todo caso, la importancia del bien jurídico proclamado constitucionalmente queda reflejada en los términos de su consagración: aunque el poder constituyente no está creando ni atribuyendo directamente un derecho subjetivo, se refiere a la salud como derecho, y remite expresamente para su configuración al legislador ordinario, el cual ha de prever los derechos y deberes de "todos" al respecto.

La conexión del artículo 43 con la garantía establecida en el artículo 41 de la CE, (que constitucionaliza un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice las prestaciones y asistencia necesarias ante situaciones de necesidad[8]) resulta evidente.

La ubicación sistemática del derecho a la protección de la salud no lo explica todo sobre su significación y alcance jurídico – constitucional. Como dice la Exposición de Motivos de la CE, uno de sus fines básicos es el aseguramiento a todos de una digna calidad de vida y, en

6 En este concreto sentido la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 27.1*: La protección de la salud es el conjunto de actuaciones, prestaciones y servicios dirigidos a prevenir efectos adversos que los productos, elementos y procesos del entorno, agentes físicos, químicos y biológicos, puedan tener sobre la salud y el bienestar de la población*

7 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 76

8 STCo 205/2011: …*el artículo 41 CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad… tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales…*

este sentido, la salud – individual y colectiva, privada y pública – es, sin duda, una premisa y un presupuesto de la dignidad de la persona, y, por tanto, también de la autonomía y libertad respecto del ejercicio de los derechos de los pacientes, puesto que sin salud, individual y colectiva, no existe posibilidad de verdadero desarrollo de la personalidad en sociedad, ni participación plena en la vida política, económica, cultural y social, a la que alude el artículo 9.2 de la CE.

En base a lo señalado, se conecta así la salud con los derechos fundamentales a la vida y a la seguridad y libertad, previstos en los artículos 15 y 17 de la CE, debiendo recordarse al efecto el tratamiento sistemático de los delitos contra la salud pública tipificados en el vigente CP, y también se conecta con el valor descrito en el artículo 10.1 de la propia CE: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad que constituye uno de los fundamentos del orden político y de la paz social.

La salud es una de las condiciones y presupuestos, y no precisamente el menor de entre ellos, de la posición fundamental del ciudadano ante los Poderes Públicos, que se expresa en el elenco de derechos fundamentales inherentes a la persona, que se reconocen en nuestra CE. Se configura el derecho de los ciudadanos a la protección de su salud como *"… un derecho autónomo al ámbito de la seguridad social, hasta el punto de independizarse su reconocimiento en dos preceptos constitucionales diferenciados (el artículo 41 y el 43… La diferenciación no ha sido conceptualmente tan clara… y la mayor parte de la población atendida se encuentra en el ámbito de protección de la seguridad social… Esta línea de generalización de la sanidad para el conjunto de la población es uno de los elementos centrales de la reforma de 1986 y que debe considerarse, sin duda, el desarrollo constitucional más genuino del propio artículo 43 de la CE"* [9]

La ubicación sistemática del derecho a la protección de la salud, en el orden constitucional, repercute sobre el Estado social y democrático de derecho a la hora de la exigencia del cumplimiento de la misma, de la exigencia por parte de los ciudadanos del cumplimiento de los deberes de promoción de condiciones individuales y colectivas reales y efectivas, de la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y de la facilitación de la intervención de los ciudadanos en la vida social que, con carácter general se establecen en el artículo 9.2 de la CE.

9 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 72.

El examen de la protección de la salud en la CE, que se viene esbozando, debe concluir poniendo de manifiesto el papel de los poderes públicos en la preservación de tal derecho.

Debe recordarse, al efecto, que el apartado 2 del artículo 43 de la CE indica que *"compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios[10]... La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"*. El panorama de los poderes públicos con competencia sobre la organización y tutela de la salud lo completó el TCo [11], cuando declaró que *"... el perfil que dibuja con todos estos preceptos debe ser completado con otros dos, el artículo 149.1.1 que declara que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, y el artículo 139.2, que dispone que ninguna autoridad podrá adoptar medidas contrarias a la libre circulación de bienes en el territorio nacional..."*.

Tomando como base esta argumentación, la Sentencia citada indica que *"... de la interpretación sistemática de todos esos preceptos se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional..."*.

La responsabilidad de los distintos poderes públicos en este sistema normativo de la sanidad nacional se define reservando al Estado competencia en materia de sanidad exterior, y las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos, mientras que la ejecución de los servicios sanitarios es, en principio, competencia de las Comunidades Autónomas.

10 Se trata de la llamada cartera de servicios del SNS que recogía la LCC, desarrollada en normas complementarias y y que ha sufrido una profunda reforma con el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas de sostenibilidad del SNS, quedando dicha cartera, en forma sintética, en servicios de :
A: Cartera común básica, que comprende la actividad asistencial y el transporte sanitario urgente, prestados de forma gratuita.
B: Común suplementaria, supone la prestación farmacéutica, ortoprotésica y de productos dietéticos, así como el transporte sanitario no urgente. Supone, percibir estas prestaciones, el pago de un porcentaje de su coste.
C: Común de servicios accesorios: servicios no prestacionales, coadyuvantes y complementarios, respecto de las cuales también ha de participar el usuario en su coste.
D: Carteras de servicios complementarias de las CC.AA: Aquellas que estas comunidades, con cargo a sus presupuestos, destinen a sus ciudadanos, siempre sobre el límite básico mínimo del catálogo nacional.

11 STCo 32/1983, de 28 de abril

b) Protección de la salud y profesiones médicas.

Los ciudadanos, o usuarios – pacientes, desde su consideración de relación con los profesionales sanitarios han ocupado distintas posiciones a lo largo del tiempo. Así afirma certeramente Juan Calixto Galán Cáceres[12] que: *"…La regla tácita vigente durante décadas y acuñada por los pacientes de <<ponerse incondicionalmente en manos de los médicos>> ha mutado a una relación sanitaria donde el paciente exige a toda costa no sólo que la atención médica se desenvuelva en un ámbito de corrección, sino también que se le informe…que no se le cause un daño ajeno al acto o intervención médica…que no tiene obligación personal de soportar"*

La trascendencia de la protección de la salud para el ordenamiento jurídico constitucional y, por tanto, para el interés general, justifica sobradamente que la principal de las actividades especializadas en protegerla y asegurarla, es decir las profesiones médicas, estén configuradas por el legislador ordinario como un ámbito de actividades reguladas y tituladas, en el sentido de que el acceso a las mismas está sujeta a la adquisición, manejo y acreditación de determinados conocimientos y habilidades regulados por un régimen específico, para cuya efectividad el sector profesional queda incorporado forzosamente a un Colegio Profesional.[13] Se ha abierto, no obstante, una corriente actual que cuestiona esta obligatoriedad, particularmente respecto de aquellos profesionales sanitarios que ejercen en el ámbito público[14].

En la medida en que constituyen una profesión titulada, o una actividad singular de prestación de servicios, con relevancia económica, las profesiones médicas son, a efectos de su ordenación, de competencia estatal. [15]

Así lo imponen, de un lado, las competencias previstas en el artículo 149.1, apartados 1 y 30 de la CE.

12 J.C. GALÄN CÄCERES. *Medicina y Responsabilidad Legal. Medicina y Derecho. Dos mundos en convergencia.* Autoedición. Badajoz 2014. Página 408.

13 Según el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al Colegio Profesional correspondiente cuando así lo establezca una Ley estatal.

14 STCo. 3036/2011, de 21 de noviembre: "…*la colegiación obligatoria de profesionales que actúan exclusivamente en el ámbito de la función pública no viene establecida en precepto expreso e inequívoco de la Ley de colegios profesionales de 1974 ni puede deducirse sin más de dicho precepto pues tal exigibilidad solo puede ser lícitamente impuesta para aquellos profesionales que no ejercen exclusivamente en dicho ámbito".*

15 A. PALOMAR OLMEDA y otros. *Manual jurídico de la profesión médica*. Editorial Dykinson. Madrid. 1998. Págs. 151 y ss.

Pero no sucede de igual forma en cuanto a la organización de las actividades sanitarias, puesto que la CE, así como otras disposiciones de legalidad ordinaria, han descentralizado la competencia sobre régimen colegial, de tal modo que el Estado solo retiene ya – y así se infiere claramente del artículo 149.1.18 de la CE, en relación con el artículo 36 de la misma, el cual sanciona indirectamente, a través de la exigencia de su organización y funcionamiento interno democrático – las competencias en materia de legislación básica relativa al señalado régimen colegial, en tanto que las mismas ejercen, por delegación legal, potestades administrativas propias, entre las que ocupa un lugar preferente la ordenación deontológica de las correspondientes profesiones.

c) Sistemas sociales de protección a la salud.

Es preciso destacar que de la interrelación entre los artículos 41 y 43 de la CE se aprecia una circunstancia concreta: la sustitución del concepto del seguro, y por ende del asegurado como beneficiario del derecho a la asistencia sanitaria, como elementos propios del Sistema de la Seguridad Social, los cuales son sustituidos, tras la promulgación de la CE por los de protección universal de la salud con cargo a los presupuestos generales y todo ello en base a ostentar la condición de ciudadano.[16]

En este sentido debe recordarse que la estructura tradicional de la protección pública de la salud giraba en torno a dos ejes básicos: por un lado la de cobertura por la Seguridad Social, y por otro, su clara imbricación con la actividad laboral[17] en cuanto que la realización de la misma constituye la conexión con dicho aseguramiento. [18]

Sobre la primera cuestión, la doctrina dominante [19] recuerda que las distintas formas de aseguramiento son el fruto de la evolución de otras figuras inespecíficas de previsión social,

16 F. GARRIDO FALLA. *Comentarios a la Constitución*. Madrid, 1995. pág. 789.

17 En este sentido el retorno a la utilización del concepto de "asegurado" contenido en el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas para el sostenimiento del SNS (artículo 3.1): "La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a todas aquellas personas que ostenten la condición de asegurado…"

18 Vid. J. GARCÍA MURCIA, CASTRO ARGÜELLES. Mª A. (Dirs.). *Legislación histórica de previsión social.* Thomson/Aranzadi. 1ª Edición. 2009.

19 M. ALONSO OLEA y J.L TORTUERO PLAZA. *Instituciones de la Seguridad Social*. 17ª Edición. Ed.

como el ahorro individual y el seguro privado, o más específicas, como la beneficencia, los seguros sociales o la previsión. Precisamente la idea de seguro trata de superar los efectos erráticos o desiguales de la beneficencia.

El Mutualismo, importante etapa en los mecanismos sociales de protección, no es sino una peculiar forma de seguro colectivo, con autogestión y administración por los propios representantes de los afectados, que abre el camino del intervencionismo estatal en la materia y, sobre todo, de la transición a un Sistema de Seguridad Social, caracterizado por la universalización de la cobertura, fundamentalmente en su ámbito personal, que supera la protección de los trabajadores por cuenta ajena de la industria, que constituían el sector protegido por excelencia en el sistema de seguros sociales.

En este estado de cosas, la nota que caracteriza a la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social es la tendencia a la universalidad y uniformidad de la protección, al ampliar la noción de riesgo protegible y la intensidad de protección del mismo.

En el sistema de financiación de la Seguridad Social, la participación exclusiva de empresarios y trabajadores se aprecia como insuficiente y se exige la participación de la financiación pública que, a su vez, es la que permite asegurar un nivel mínimo común de protección.

Pues bien, aunque no cabe negar que estas notas constituyen los puntos básicos tendenciales del Sistema de la Seguridad Social, hay que significar que éste sigue en nuestro país marcado por un peculiar régimen de incorporación a la acción protectora de dicho Sistema, que se plasma en la afiliación, altas y bajas, cuyas raíces se hunden, en definitiva, en la realización de una actividad laboral, que es la que justifica la "incorporación" al mecanismo de protección. Esta incorporación produce efectos también a favor de terceros, distintos del propio trabajador, no incorporados a dicha actividad laboral, pero directamente relacionados en virtud de vínculo familiar o personal con la persona incorporada al Sistema de la Seguridad Social. y que reciben históricamente el nombre de beneficiarios, recogido ahora en el RDL. 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes de sostenibilidad del SNS[20]. Esta norma *"… denota un intento de delimitación y de reducción del ámbito subjetivo de aplicación del Sistema. Las razones están*

Civitas. Madrid 2002. Capítulos Noveno y Capítulo Undécimo.

20 : "…tendrán la condición de beneficiario de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad… o el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad igual o superior al 65%"

suficientemente explicadas en la Exposición de Motivos y son consecuencia de una reflexión ligada a la sostenibilidad del sistema… o cuando menos una reordenación del ámbito de las personas y las condiciones en las que se tiene acceso al derecho" [21]

En esta línea, cabe insistir en que la incorporación de los sujetos que van a ser protegidos por el Sistema de la Seguridad Social (titular del derecho y beneficiarios) tiene un sustrato claro: la realización de una actividad laboral, hasta el punto de que no puede olvidarse que fue la cobertura específica del accidente de trabajo la que determinó la aparición de las normas de Seguridad Social destinadas específicamente a la regulación de la asistencia sanitaria, entre las cuales se incluyó, y ocupó un lugar destacado, la asistencia sanitaria en el marco del seguro de enfermedad.

Con el transcurso del tiempo, la promulgación de normas básicas en la materia, como sucedió con la LISMI [22] o con la normativa reglamentaria sobre los trabajadores autónomos [23] o con la entrada en vigor de la LPGE para 1984 y, claro está, con la introducción en el Sistema de la Seguridad Social de las prestaciones no contributivas, se produjo un claro distanciamiento de los pilares históricos sobre los que se venía sustentando, hasta estos momentos, la prestación de la asistencia sanitaria en nuestro ordenamiento jurídico, produciendo una clara consolidación de los caracteres básicos de un Sistema de Seguridad Social en el que ahora se cumplen, al menos en lo que se refiere a la prestación de la asistencia sanitaria, ya sin objeciones, los postulados clásicos de la protección universal. [24]

Este postulado de la universalidad ha sido objeto de matización, por la norma antes apuntada, el RDL. 16/2012 de 20 de abril de medidas urgentes de sostenibilidad del SNS, motivando controversia su aplicación entre el Gobierno Central y algún Gobierno Autonómico. Ha sido el caso de Navarra, que promulgó su Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que

21 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 75.

22 Ley 13/1982, de 7 de abril.

23 Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

24 W. BEVERIDGE, en su Informe titulado *Report to the Parliament on Social Insurance and Allied Services*, hecho público en noviembre de 1942 ya preconizó que todo ciudadano en edad laboral debe pagar una serie de tasas sociales semanales, con el objetivo de poder establecer una serie de prestaciones en caso de enfermedad, desempleo, jubilación y otras contingencias, opinando que ese sistema permitiría asegurar un nivel de vida mínimo por debajo del cual nadie debe caer.

se reconocía, a las personas residentes en dicho territorio autonómico, el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita y con ello se ampliaba el espacio subjetivo de aplicación de la asistencia sanitaria, respecto de la regulación y previsiones estatales. Interpuso recurso de inconstitucionalidad, contra la referida Ley foral, el Presidente del Gobierno, por vulneración de los artículos art. 149.1.1, 2, 16 y 17 de la Constitución. El Tribunal Constitucional decidió[25] acerca del mantenimiento de la suspensión de vigencia de la disposición Adicional de la Ley Foral 8/2013 *"…por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra…"*

La evolución expuesta ha sido analizada por la doctrina [26], y para un sector mayoritario de la misma el desarrollo constitucional de los artículos 41 y 43 CE ha integrado el molde definido por cada uno de los subsistemas que integran el nuevo conjunto y que, a su juicio, se representa en tres sistemas de Protección Social:

- El Sistema de Protección de la Salud, que atiende a los servicios de carácter sanitario y hace efectivo el derecho a la protección de la Salud (artículo 43 de la CE).
- El Sistema de Seguridad Social, que atiende a situaciones de necesidad con prestaciones económicas y que, en nuestro país, se divide, básicamente – conforme a la propia realidad social – en un sistema para trabajadores asegurados, y un sistema para funcionarios públicos (artículo 41 CE).
- El Sistema de Servicios Sociales, fuertemente descentralizado en áreas territoriales, en beneficio de determinados grupos sociales (infancia y juventud, tercera edad, minusválidos, etc.) en base a lo dispuesto en distintos preceptos de la CE (artículos 39, 40.2, 49, 50...).

Las ideas expuestas nos conducen a la conclusión de que, bajo las directrices del Estado Social (artículo 1.1 de la CE) su desarrollo legislativo ha establecido un marco no cerrado de medidas de protección social, cuya justificación es, simplemente, la voluntad estatal de subvenir situaciones de necesidad de los ciudadanos en las distintas situaciones que puedan manifestarse[27] y que, por tanto, suponen una clara superación de los mecanismos clásicos de

25 Tribunal Constitucional. Auto 114/2014 de 8 abril

26 Vid. E. BORRAJO DACRUZ. *La Seguridad Social en la Constitución Española,* en AA. VV *Estudios sobre la Constitución Española*, *Homenaje al Profesor García de Enterría.* Tomo II. Civitas, Madrid. 1991. Pág. 1489.

27 STCo 77/1995, de 22 de mayo: "Los artículos 41 y 50 de la CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987 [RTC

protección que, hasta el momento del establecimiento de las prestaciones no contributivas[28], no habían olvidado ni marginado definitivamente la idea del aseguramiento.

De otro lado, el Sistema de la Seguridad Social, en su condición más general, se configura como un sistema no homogéneo, subdividido en la protección específica de riesgos, de corte tradicional y contributivo, que se establece para quienes se incorporan al mismo como consecuencia de la realización de una actividad laboral y en cuyo seno, con factores de corrección (reglas de concurrencia o limitación de pensiones públicas), no puede afirmarse que haya desaparecido, de forma absoluta la correspondencia entre la prestación y la cotización. Al lado de este régimen se establecen, con posterioridad al año 1990, las prestaciones no contributivas, cuya esencia es la cobertura, en términos de identidad e igualdad, de las situaciones de necesidad – como acontece con la enfermedad – y, específicamente de quienes, siendo ciudadanos (ya reúnan la condición de trabajadores o no), carezcan de medios para hacerla frente.

Esta nueva concepción de la protección social, en su conjunto, es la plasmación concreta, no sólo del desarrollo legislativo de determinados preceptos constitucionales que aluden a las medidas de protección específica para todos o algunos de los ciudadanos, sino que, en un plano puramente teórico, debe ser considerada como la consecuencia directa de la constitucionalización de un determinado tipo de Estado – el Estado Social – cuya característica básica es la superación del modelo de Estado abstencionista en sus relaciones con la sociedad y su sustitución por un tipo de Estado que interviene directamente en la vida social hasta el punto de convertir en funciones propias las que hacen referencia a la satisfacción de necesidades sociales.

Si a este planteamiento genérico se añade la constitucionalización de los denominados "valores superiores del ordenamiento jurídico", habrá de afirmarse que la protección social es el mecanismo estatal para realizar los valores superiores de libertad e igualdad, a los que se refiere el artículo 1.1 de la CE en el marco de la concepción de un Estado Social.

1987\114]). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 [RTC 1984\103] y 27/1988 [RTC 1988\27]), ni vulnera el principio de igualdad".

28 Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

Nos encontramos, por tanto, en lo atinente a las prestaciones sanitarias, ante un entorno segregado del de la Seguridad Social y en el que el título habilitante para el acceso al derecho, constitucionalmente reconocido, es única y exclusivamente la condición de ciudadano.

La nueva perspectiva fue asumida por los constituyentes en las últimas sesiones del proyecto de la CE; de ahí que se introdujeran en su regulación algunos cambios terminológicos y se dejase de hablar de higiene y sanidad para referirse a la salud pública. [29]

Esta perspectiva amplia y técnica ha permitido señalar, que el Sistema de la Seguridad Social, y el Sistema Nacional de Salud, deben satisfacer, en sus respectivos ámbitos competenciales, las correspondientes prestaciones sanitarias y las económicas. [30]

En fin, la separación conceptual del artículo 43 frente al 41 de la CE obedece, como se ha expuesto antes, a la progresiva incardinación de las prestaciones sanitarias en el Sistema Nacional de Salud, financiado con cargo a impuestos y no en base a cotizaciones sociales.

d) El desarrollo del artículo 43 CE: la LGS.

Este planteamiento es el que se avanza en la LGS, que constituye la norma fundamental de desarrollo del artículo 43 de la CE, y que, en su artículo 1.2, establece que "son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan su residencia en España[31]".

Sin embargo, no es el artículo 43 CE el único precepto constitucional regulador de la salud, aunque sí sea el más genérico, ya que fuera de él se reconocen derechos sanitarios a determinados colectivos con necesidades especiales. Entre estos se cita a los trabajadores

29 E. BORRAJO DACRUZ. *Protección de la salud* en AAVV. Comentarios a las Leyes Políticas (dir. O. ALZAGA), Vol. IV. Madrid. EDERSA. Págs. 147 y ss.

30 A. MONTOYA MELGAR. *Panorama de la responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo*. www.mtin.es/es/publica/pub_electronic. Pág. 309

31 Situación objeto de sucesivas matizaciones en la normativa posterior: LCC, 16/2003, LGSP, 33/2011 y RDL 16/2012 en el sentido que más adelante veremos.

(artículo 40.2) en lo referente a la seguridad e higiene en el trabajo[32], a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (artículo 49), a los ciudadanos de la tercera edad (artículo 50) y a los consumidores y usuarios (artículo 51)[33].

Dado que la LGS establece, en su artículo 1, que ella misma constituye el desarrollo del artículo 43 de la CE y de los preceptos concordantes de esta, debemos entender que aquél texto legal constituye la regulación íntegra de las prescripciones en materia sanitaria, por lo cual es conveniente que se efectúe, aunque sea sintéticamente, el análisis de las medidas y técnicas utilizadas por el legislador para comprobar si, efectivamente, se cumple el propósito constitucional.

El análisis de la LGS puede realizarse al hilo de la división de sus medidas en tres categorías diferentes:

- Medidas profilácticas.
- Medidas curativas o asistenciales.
- Medidas reparadoras.

Por lo que se refiere a la naturaleza de las prestaciones que articulan dichas medidas, debe considerarse que la prestación del derecho a la protección de la salud constituye un derecho público subjetivo.

El Derecho público subjetivo no es sino la aplicación al campo del Derecho Público del concepto general del derecho subjetivo privado sobre el que había debatido ampliamente la doctrina. [34] Nos encontramos, por tanto, ante una situación jurídica bilateral en virtud de la cual el Estado se obliga a dar o a hacer algo a favor de una persona, que si cumple los requisitos legalmente establecidos para ello, tiene derecho a tal actividad de prestación y, lógica consecuencia de ello, a ser respetado y amparado en el legítimo ejercicio del derecho.

32 Hoy seguridad y salud en el trabajo, tras la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

33 Es objeto de atención, esta temática, en la legislación ordinaria, así en Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en sus artículos 32 a 34.

34 Según G. JELLINEK. *Teoría General del Estado.* Libro Tercero, Buenos Aires, Argentina, Albatros. 1954, págs. 42 y ss. una relación de dominio de hecho se hace jurídica solamente si ambos miembros, dominante y dominado, se reconocen investidos de derechos y deberes recíprocos. De que se reconozcan derechos públicos a aquellos que forman parte del Estado, depende la existencia del Derecho Público en general.

La configuración de las prestaciones sociales como auténticos derechos públicos subjetivos supera anteriores consideraciones propias de la beneficencia y de la asistencia social (en las que la relación jurídica de reciprocidad no se apreciaba, si es que existía) y excluye categorías más intensas, como las de los derechos fundamentales.

En la situación jurídica bilateral antes apuntada, la protección de la salud cumple los requisitos básicos de un derecho subjetivo. Así, tiene su origen en una norma jurídica (constitucional y legal), poseen un objeto específico y concreto, siendo su contenido la realización de una conducta igualmente concreta y específica exigible a un sujeto pasivo; y presupone una posición de poder que se dirige a la satisfacción de un interés del propio titular.

En consecuencia, en el supuesto de las prestaciones que conceden tanto el Sistema de Seguridad Social como el Sistema Nacional de Salud, en su conjunto, es claro que el ciudadano esgrime una pretensión activa para la consecución de un beneficio patrimonial, por lo que debemos entender que aquellas prestaciones se configuran, en pura técnica jurídica, como derechos subjetivos típicos e idénticos a los derechos clásicos en el ámbito privado.[35]

Además, la protección de la salud tiene como presupuesto la existencia de un régimen legal, existiendo luego una garantía institucional de los correspondientes derechos.

En efecto, esta construcción encuentra su encaje en la doctrina establecida por el TCo, utilizada, en la mayor parte de las veces, para delimitar el alcance del compromiso constitucional frente a las sucesivas regulaciones de una materia concreta.

En este punto ha de determinarse, en el plano de la interpretación constitucional, los límites de la normatividad del Capítulo II, del Título I, de la CE, y el papel esencial que debe cumplir la ley en la definición de los mismos, de conformidad con lo que establece el apartado 3 del artículo 53 de la CE[36].

35 La STCo 71/1982, de 30 de noviembre, parte de esta misma consideración.

36 "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

La configuración, como meros informadores del ordenamiento jurídico, de los principios contemplados en el Título I, Capítulo II, de la CE ha tratado de ser superada por la jurisprudencia constitucional, señalándose, por ejemplo, que: *" el ... indudable valor de la Constitución como norma... necesita ser modulado en lo que concierne a los artículos 39 a 52 en los términos del artículo 53.3. Sin embargo, el valor normativo (de dichos principios) debe ser matizado en el sentido de que, como principios jurídicos que son, están dotados de una estructura típica de las normas jurídicas constituida básicamente por el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que hacen de aquella un mandato susceptible de aplicación.*[37]

Retomando la cuestión al término al que se aludía antes, es decir, la salud como un concepto de delimitación legal, puede indicarse que el Tribunal Constitucional, en la STCo 65/1987, de 21 de mayo, en uno de sus fundamentos jurídicos, establece que *"las prestaciones de la Seguridad Social …, no se presentan ya – aún teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas – como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida al Sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones vienen determinados no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el Ordenamiento Jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca...".*

En consecuencia, y desde la perspectiva de la interpretación del TCo, hay que señalar que el régimen de protección social (y dentro del mismo, el sistema sanitario) se articula mediante la referencia directa a la Ley que, en cada momento, instrumente dicho régimen.

Los derechos no son nada sin sus garantías y en nuestro ordenamiento jurídico los derechos sanitarios de los ciudadanos disponen de un sistema de garantías claramente definido. El catedrático Villar Rojas[38] se refiere a ellas como: *"… aquellos medios instrumentos o mecanismos con los que el legislador pretende asegurar el acceso efectivo de los ciudadanos a los servicios…que constituyen el objeto del derecho a la asistencia sanitaria pública…y no en cualquier modo, sino en determinadas condiciones de igualdad, movilidad, tiempo, información, seguridad y calidad"*.

37 STCo 80/1982, de 20 de diciembre.

38 FJ. VILLAR ROJAS. *Garantías de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 715.

De entre el abanico legal de estas garantías, se ocupa de tres muy actuales en su preservación, cuales son: 1. La libertad de elección de facultativo y de centro. 2. Derecho a una segunda opinión y 3. Derecho a recibir asistencia en un tiempo máximo.

e) Garantía institucional del derecho a la salud

La articulación del régimen jurídico de la salud a través de la referencia directa a la Ley que instrumente, en cada momento dicho régimen, debe ser complementada con la existencia de la garantía institucional de tales derechos, de tal modo que, a través de dicha garantía se trata de asegurar la esencia de determinadas instituciones, al margen y por encima de los vaivenes normativos que pudieran producirse.

Esta teoría se incardina en la temática general de la interpretación de la CE, en cuanto norma jurídica cualitativamente diferente de las demás y a la que se pretende dotar de especial ámbito de protección, frente, sobre todo, al legislador ordinario.[39]

El TCo, con algunos matices, ha asumido algunos de los planteamientos esenciales de esta teoría, a partir de la STCo de 28 de julio de 1981, es decir, prácticamente desde los orígenes de su funcionamiento y, unos años más tarde, la STCo de 27 de febrero de 1987, la acoge a partir de una forma más clara y taxativa.

En concreto, y por lo que al tema que aquí se analiza se refiere, es necesario indicar que la inclusión de algunos derechos de contenido social en el seno de la garantía institucional puede encontrarse ya en la obra de KLEIN [40], que incluía la seguridad social dentro del capítulo de garantías institucionales en la Constitución Alemana. En suma, puede concluirse[41] que el alcance de la garantía institucional supone:

39 E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional.*Madrid. Civitas 1985. 3ª edición. pgs. 63 a 103.

40 F. KLEIN. Institutionelle Garantien und Rechtsinstitusgarantien.1934; Köttgen, A., Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959

41 A. JIMÉNEZ BLANCO. *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la constitución. Lecturas de la Constitución Española*. Libro homenaje al Profesor García de Enterría. Tomo II. Civitas. Madrid. 1991. págs. 635 – 650.

i. Existe garantía institucional cuando determinados objetos (instituciones, organizaciones y figuras jurídicas), formadas con complejos normativos y con realidades fácticas, se encuentran contempladas en la CE con fines de protección.

ii. Entre las garantías institucionales, las hay vinculadas a derechos fundamentales y no vinculadas a los mismos. La distinción no es relevante a efectos de protección y sí sólo en lo que hace referencia a la posible fundamentación de pretensiones individuales.

iii. Cuando coexisten la garantía y el derecho fundamental, la primera sirve para fortalecer al segundo, protegerlo y no limitarlo.

La teoría de la garantía institucional, concebida como límite frente al legislador resulta especialmente atractiva para modular el alcance de la remisión a la ley que realiza el artículo 53.3 de la CE y busca un concepto superador del positivismo del momento para enraizar la institución en un ámbito más completo del que necesariamente forman parte algunos elementos que aquél – el legislador – debe preservar en todo momento y en toda regulación.

En el caso de la protección de la salud, una parte de dichos elementos es consecuencia del acervo internacional y de los compromisos que en dicho orden se mantienen como indisolublemente unidos al concepto de garantía institucional.

2. La organización del Sistema Nacional de Salud

En un Estado de tipo social, el cuidado de la salud es una de las funciones primordiales del Estado, que debe garantizar la salud de la colectividad estableciendo los medios o instrumentos a través de los cuales se satisface esa garantía. Paralelamente, el Estado detenta un poder coactivo para exigir a los ciudadanos, en nombre del bienestar general, el cuidado de la salud, y de ahí que en ciertos países, como el nuestro, el régimen de responsabilidad por los daños producidos con ocasión, o a consecuencia, de la prestación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social no suele enfocarse hacia la exigencia de la responsabilidad individual o colectiva de los médicos que atienden al paciente, sino hacia la imputación de responsabilidad patrimonial a los Servicios de Salud en los que se encuadra el profesional sanitario que, presuntamente, ha ocasionado el daño.

La CE proclama, en su artículo 43.1 y 2, el reconocimiento del "derecho a la protección de la salud", disponiendo que "compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios", y remitiendo a la ley para el "establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto".[42]

En desarrollo de lo establecido en el artículo 43 de la CE, se aprobó la LGS, cuya Exposición de Motivos la justifica, de un lado, en la necesidad de que los poderes públicos adopten las medidas idóneas para satisfacer la efectividad del derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud, y, por otra parte, en la incidencia organizativa que supone la atribución de competencias sanitarias a las Comunidades Autónomas; pretende, en definitiva, la Ley, reordenar la organización sanitaria española – basada hasta entonces en el Sistema de Seguridad Social – mediante la creación de un Sistema Nacional de Salud, a partir de la diversidad de organismos e instituciones con competencias sanitarias que, en una dilatada evolución histórica, se han venido sucediendo.

Algún destacado autor[43], en una visión realista de la situación en España de este proceso transferencial, que iremos viendo, considera que *"…el desarrollo constitucional ha tenido muchas lagunas…la más clara ha sido el fracaso de las técnicas y de los órganos de cooperación, coordinación y colaboración interadministrativa… La consecuencia… no puede ser otra que*

42 Antes de que se produjera la plasmación del mandato constitucional en la Ley, el Congreso de los Diputados, en el mes de mayo de 1980, aprobó el denominado "Documento básico para la reforma sanitaria", con el que se pretendía conseguir un sistema sanitario que garantizase a todos los ciudadanos españoles el derecho a la protección de la salud.
Según dicho documento básico, el derecho a la protección de la salud debía conseguirse a través de la elevación del nivel de salud de toda la población española, incrementando su bienestar físico, mental y social y suprimiendo los desequilibrios existentes; la defensa y la promoción de la calidad del medio ambiente, en general, y de los lugares de trabajo, en especial, y la salvaguarda de la salubridad y de la higiene de los alimentos; la responsabilidad del ciudadano en su propia salud; la creación de una conciencia sanitaria basada en la educación en materia de salud de los ciudadanos, considerados individualmente, y de la colectividad en su conjunto; la prevención de los procesos patológicos; el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades; la rehabilitación de los estados de invalidez, tanto somática como psíquica; el control de la experimentación, producción y dispensación de medicamentos y de las informaciones científicas acerca de sus acciones terapéuticas, con el fin de garantizar su calidad, seguridad, eficacia y economía; la formación continuada del personal sanitario y la creación de las nuevas profesiones que una concepción integral de la sanidad viniera demandando; y el fomento de la investigación científica sanitaria en sus diversas modalidades.
Los principios de la reforma sanitaria, según el Documento Básico, debían ser los de respeto a la libertad y dignidad personales, solidaridad, autonomía territorial, participación en los órganos de gobierno, autonomía de los centros y servicios sanitarios, concurrencia de actividades particulares, libre elección de facultativo, libre ejercicio profesional, y garantía y regulación de entidades de seguro libre.

43 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 83.

el sistema en su conjunto está fraccionado y que los diferentes subsistemas han crecido y se han desarrollado conforme a sus propias reglas marginando en muchos casos esa visión constitucional del servicio en red."

La regulación normativa contenida en la LGS debe ser complementada con la establecida en la LGSs, la cual se mantiene actualmente en vigor en virtud de lo declarado en la Disposición Derogatoria Única de la LGSS, que, a diferencia de la primera de las disposiciones legales citadas, sigue refiriéndose a la "asistencia sanitaria de la Seguridad Social" para aludir a la contingencia protegida.

La LGS, dio respuesta y desarrollo a estas previsiones constitucionales, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la gratuidad y universalidad[44] del sistema; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito; la descentralización política de la sanidad; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que pone énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica.

Veamos, siquiera de forma sintética, el estado actual del derecho a la asistencia sanitaria, tras las reformas operadas por la LCC, la LGSP y otras normas complementarias. El Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, declara, en su artículo 1 que se tiene derecho a la asistencia sanitaria por la condición de asegurado aquellas personas que:

- Son trabajadores por cuenta ajena o propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada.
- Tienen la condición de pensionistas de la Seguridad Social.
- Perciben cualquier prestación periódica de la Seguridad Social.
- Han agotado la prestación de desempleo y continúan inscritos como demandantes de empleo.

44 En el sentido expresado con anterioridad en la última Ley General de Salud Pública y que ha sido objeto, después, de matizaciones introducidas por el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de sostenibilidad del SNS.

Aquellas personas que no se encuentren en ninguno de los casos descritos, podrán considerarse asegurados siempre que acrediten no alcanzar determinado nivel de ingresos.

Esta norma recoge, también, la categoría de beneficiarios, considerando como tales, respecto de un asegurado, el cónyuge o persona en situación afectiva similar, el excónyuge a cargo del asegurado y los descendientes, a cargo de aquel, menores de 26 años o discapacitados en porcentaje igual o superior al 65%.

De no encontrarse el perceptor de la asistencia sanitaria en alguno de los casos expuestos, habrá de pagar el importe de aquella.En esta línea se promulgó el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, que determina los requisitos básicos del convenio a suscribir por aquellas personas que, deseando asistencia sanitaria pública, no reúnen la condición de asegurado ni de beneficiario en el sentido fijado en el antes mencionado Real Decreto 16/2012.

El convenio permite a quienes lo suscriban, mediante el pago de la correspondiente prestación económica, acceder a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud en las condiciones de la cartera común básica en las mismas condiciones que los asegurados o beneficiarios.

Las condiciones para poder acceder al convenio son las fijadas en el artículo 3 de la norma mencionada:

- Acreditar residencia efectiva continuada en España, al menos durante el año anterior a la solicitud del convenio.
- Encontrarse el solicitante empadronado en un municipio nacional.
- No tener acceso, por cualquier otro cauce, al sistema público de protección de la salud.

La suscripción del convenio supone el pago, por parte de su beneficiario, de los siguientes importes: 60 euros mensuales si el suscriptor tiene menos de 65 años y 157 euros si ya cumplió dicha edad.

Los extranjeros comunitarios o pertenecientes a espacios asimilados perciben la asistencia en igualdad de condiciones que los españoles (sin perjuicio del pago en la forma establecida). Aquellos que no se incluyan en los grupos antedichos recibirán la asistencia conforme a los

instrumentos internacionales de reciprocidad y el grupo que no se incluya en ninguno de los precedentes habrán de tener la condición de trabajadores registrados y residentes en España. El resto de extranjeros, no incluidos en ninguno de los grupos anteriores tienen derecho a:

- Asistencia en embarazo, parto y postparto para mujeres.
- Asistencia completa hasta los 18 años para menores
- Asistencia de urgencia, hasta el alta médica, en el caso de varones mayores de 18 años.

Volviendo al aspecto organizacional, la LCC creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano coordinador entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado, que ha realizado una importante labor tanto en el fomento del consenso como en la difusión de experiencias y en el aprendizaje mutuo entre niveles de gobierno[45]. Ante la constatación de que, desde la entrada en vigor de la LGS, se habían producido profundos cambios en nuestra sociedad, tanto culturales, tecnológicos y socioeconómicos como en la manera de vivir y de enfermar, y de que se planteaban al respecto nuevos retos para la organización del Sistema Nacional de Salud, como son la orientación a los resultados en salud, la potenciación del papel de los usuarios como decisores, la implicación de los profesionales en las reformas administrativas, las actuaciones clínicas y la toma de decisiones basadas en la evidencia científica, así como la búsqueda de mecanismos de integración en la atención sanitaria y la sociosanitaria, retos todos ellos que pusieron de manifiesto la necesidad del funcionamiento cohesionado del Estado y de las Comunidades Autónomas para complementar algunos elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud, de manera que pudiera adaptarse a la modernización que se le exigía al respecto, se dictó la LCC.

Esta Ley establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud:

i. Equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de

45 Vuelve a insistirse en sus competencias de aglutinamiento del sistema sanitario en la Ley 33/2011, General de Salud Pública, respecto de asuntos como el calendario vacunal nacional, acciones preventivas comunes, o la introducción y valoración periódica de programas comunes (artículo 19.3).

la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos.

ii. Calidad, que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores de sistema.

iii. Y, por último, participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias.

De otro lado, y como es sabido, los artículos 148 y 149 de la CE contienen la atribuciones competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas, dando lugar dichos preceptos a un complejo sistema de distribución competencial con arreglo al cual pueden calificarse las competencias en exclusivas, concurrentes y compartidas.

Al amparo de las previsiones constitucionales y de los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, éstas han venido asumiendo, de forma paulatina, competencias en materia de sanidad, debiéndose reiterar aquí, una vez más, que el proceso de transferencia de las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas [46]culminó en fecha de 1 de enero de 2002. [47]

Al proceso transferencial accedieron las distintas Comunidades por dos caminos normativos diferenciados: Las del artículo 151 CE (Galicia, País Vasco, Cataluña y Andalucía) y aquellas otras Comunidades que lo hicieron por la vía del artículo 143 (las restantes). "*Las primeras asumieron desde un principio competencias, no sólo al amparo del artículo 148.1 CE, sino también en el marco del art. 149.1 CE. Las segundas, inicialmente, sólo pudieron asumir competencias en el marco del art. 148.1 CE. Transcurridos cinco años y mediante la reforma de sus Estatutos, estas Comunidades Autónomas podían ampliar sus competencias dentro del marco establecido por el art. 149 CE[48]*"

46 Iniciado en el año 1981.

47 Correspondiendo al Estado, a través del INGESA la gestión de la asistencia sanitaria en las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla.

48 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL

El proceso transferencial de las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas se llevó a cabo a través de las siguientes disposiciones reglamentarias:

- Cataluña. Real Decreto 1517/1981 de 8 de Julio.
- Andalucía. Real Decreto 400/1984, de 22 de Febrero.
- País Vasco. Real Decreto 1536/1987, de 6 de Noviembre.
- Comunidad Valenciana. Real Decreto 1612/1987, de 27 de Noviembre.
- Galicia. Real Decreto 1679/1990, de 28 de Diciembre.
- Navarra. Real Decreto 1680/1990, de 28 de Diciembre.
- Canarias. Real Decreto 446/1994, de 11 de Marzo.
- Asturias. Real Decreto 1471/2001, de 27 de Diciembre.
- Cantabria. Real Decreto 1472/2001, de 27 de Diciembre.
- La Rioja. Real Decreto 1473/2001, de 27 de Diciembre.
- Murcia. Real Decreto 1474/2001, de 27 de Diciembre.
- Aragón. Real Decreto 1475/2001, de 27 de Diciembre.
- Castilla-La Mancha. Real Decreto 1476/2001, de 27 de Diciembre.
- Extremadura. Real Decreto 1477/2001, de 27 de Diciembre.
- Baleares. Real Decreto 1478/2001, de 27 de Diciembre.
- Madrid. Real Decreto1479/2001, de 27 de Diciembre.
- Castilla y León. Real Decreto 1480/2001, de 27 de Diciembre.

Desde entonces, las Comunidades Autónomas ejercen su competencia en materia de:

- Planificación sanitaria.
- Salud pública.
- Asistencia sanitaria.

ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 43.

Además de ello, [49] las decisiones y actuaciones públicas previstas en la LGS, que no se hayan reservado expresamente al Estado, se entienden atribuidas a las Comunidades Autónomas.

El proceso transferencial, la asunción progresiva de sus competencias por las Comunidades Autónomas ha sido un proceso largo y difícil, pero ahora, con el proceso culminado hace muchos años la situación no es pacífica en lo organizativo e incluso en lo conceptual. Como se ocupa de recoger Alberto Palomar[50] *"… aunque el conjunto del sistema se ha denominado siempre Sistema Nacional de Salud, la idea de sistema ha entrado en una cierta crisis por la dimensión de la capacidad de ordenación y porque realmente la protección de la salud se ha convertido en una referencia propia, innegable y característica del propio papel de las Comunidades Autónomas".* Veamos cual es la realidad actual de este entramado organizativo y prestacional.

Cada Comunidad Autónoma cuenta con un Servicio de Salud, [51] que es la estructura administrativa y de gestión que integra todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias.

La asunción de competencias por las Comunidades Autónomas[52] constituye un medio para aproximar la gestión de la asistencia sanitaria al ciudadano y facilitarle así garantías en cuanto a la equidad, la calidad y la participación. La experiencia y la práctica de las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de la protección de la salud proporcionan referencias importantes para el desarrollo de la cohesión en el Estado Autonómico. El esfuerzo compartido que, en este sentido, realizan todos sus integrantes, tiene como objetivo que el Sistema Nacional de Salud mantenga una identidad común y responda a los principios constitucionales de unidad, autonomía y solidaridad en los que se fundamenta el Estado autonómico.

49 Ex artículo 41 de la LGS.

50 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 81.

51 Constituido conforme a las prescripciones contenidas en los artículos 49 a 55, ambos inclusive, de la LGS.

52 "Ejercerán las competencias asumidas en sus Estatutos y las que el Estado les transfiera o, en su caso, les delegue". Párrafo primero del artículo 41 LGS.

En el caso de las competencias exclusivas, el titular de la competencia ejerce todas las funciones inherentes a una materia determinada. En el supuesto de las competencias concurrentes, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas se hallan habilitados para legislar sobre una misma materia, resolviéndose esta concurrencia a través de la "legislación básica" [53] y "legislación de desarrollo y ejecución".[54] En lo relativo a las competencias compartidas, el Estado y las Comunidades Autónomas ejercen potestades diferenciadas sobre una misma materia. [55]

A la hora de explicar el reparto competencial en materia de protección a la salud, ha de hacerse mención a los siguientes preceptos constitucionales:

- Artículo 148.1. 21º. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias... Sanidad e higiene.
- Artículo 149.16. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.[56]

Habida cuenta de las competencias del Estado en materia de sanidad exterior, producción farmacéutica y bases y coordinación general de la sanidad, ha de analizarse, en primer lugar, el alcance y significado del concepto "competencia exclusiva" y, en segundo término, el alcance y contenido del término "bases y coordinación general".

Por lo que se refiere al concepto de "competencia exclusiva", el TCo ya advirtió, desde sus primeras sentencias, [57] sobre el confuso contenido del término que, tanto la CE como los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas utilizan para referirse a la atribución competencial. En consecuencia, el Alto Tribunal declara que la noción de competencia exclusiva ha de ser entendida de modo flexible, no como monopolio o titularidad única de la competencia, sino teniendo en cuenta que, aunque con relación al ejercicio de una

53 De competencia estatal

54 De competencia autonómica.

55 El Estado legisla y la Comunidad Autónoma ejecuta.

56 Además, de acuerdo con lo expuesto en el epígrafe tercero sobre falta de separación de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud y asistencia sanitaria de la Seguridad Social, ha de tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 149.1.17 CE, sobre competencia exclusiva estatal sobre "legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas".

57 STCo de 8 de febrero de 1982 o 18 de abril de 1988, entre otras muchas.

determinada competencia la CE o los Estatutos de Autonomía la califiquen como exclusiva formalmente, dicha declaración normativa no impide que pueda quedar limitada por la concurrencia de otro título competencial si así se advierte de lo establecido en la CE o en los Estatutos de Autonomía[58].

Por ello, y aún el supuesto de que en los Estatutos de Autonomía se hubiese omitido, respecto del ejercicio de determinadas competencias autonómicas, la competencia estatal sobre esas mismas materias, es evidente que aunque los referidos Estatutos de Autonomía titulen esa competencia como "exclusiva autonómica", la misma resultará limitada por la estatal en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.

En lo que respecta al significado de "coordinación general", dicho término ha sido entendido por el TCo como "la fijación de medidas y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario". [59]

La LGS asumió la coordinación general mediante la creación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud, redefinido de nuevo por la LCC, cabiendo decir que la función coordinadora del Estado ha de ser, asimismo, participada por las Comunidades Autónomas y no impuesta unilateralmente por aquél, de tal manera que, como tiene declarado el TCo al respecto, [60] "su mejor instrumento, la planificación sanitaria, debe construirse con participación de los planes o programas autonómicos".

Por su parte, la LGS [61]establece una coordinación general sanitaria que incluirá:

58 Véase en este punto el Capítulo sobre Asistencia Sanitaria en el Derecho de la Seguridad Social, a M. ALONSO OLEA. *La asistencia sanitaria como prestación de la Seguridad Social.* Revista Iberoamericana de Seguridad Social nº 5. 1974. págs. 951 y ss.

59 STCo 32/1983, de 28 de abril.

60 STCo 76/1983, de 5 de agosto.

61 Artículos 70 a 77, ambos inclusive.

i. El establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario y los mapas sanitarios nacionales.

ii. La determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria.

iii. El marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario.

iv. El establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios. [62]

Como consecuencia de la culminación del proceso de transferencia de las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas, se hizo perentoria la búsqueda de un nuevo modelo que garantizara un funcionamiento cohesionado de la sanidad pública, la modernización del Sistema Nacional de Salud y el disfrute por los ciudadanos de un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso al mismo, con independencia del lugar de residencia.

A la cobertura de tales necesidades responde la LCC, tal y como reza su Exposición de Motivos que, además de centrar sus objetivos en lo que se han señalado con anterioridad, pretende

62 Es de señalar que, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina (J.L BELTRÁN AGUIRRE. *Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud*. Revista de Derecho y Salud. Volumen 11, número 2, 2003, entre otros) los criterios generales de coordinación antes expuestos no han sido aprobados por el Estado en el sentido establecido por la jurisprudencia del TCo (Sentencia 32/1983, de 28 de abril, Fundamento Jurídico Segundo) de su vertebración funcional que equipara la coordinación con las bases en cuanto a su formalización, por lo que la existencia y exigibilidad de esos criterios precisaría su aprobación por el órgano competente y su ulterior publicación en el diario oficial correspondiente, algo que sigue sin producirse, como tampoco se ha producido la aprobación del Plan Integral de Salud, previsto como conjunto de Planes tanto estatales como autonómicos y que, recogiendo los criterios generales de coordinación, sería el máximo instrumento de planificación coordinada entre todas las Administraciones Públicas Sanitarias.

renovar el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, [63] precisando el elenco de funciones que debe desempeñar el mismo [64] de la manera siguiente:

i. Funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud.

ii. Funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de la Salud.

iii. Funciones de coordinación del Sistema Nacional de Salud.

iv. Funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

No obstante, en la regulación legal del nuevo Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se advierten dos importantes deficiencias: la primera de ellas es la relativa a la falta de determinación del alcance con el que tiene que funcionar el Consejo en el ejercicio de todas y cada una de las competencias que tiene legalmente atribuidas. [65] La segunda estriba en la constatación de la ausencia del carácter vinculante de las decisiones adoptadas por el Consejo Interterritorial de la Salud, la no publicación de sus actos, la creación por el legislador de una nueva fórmula jurídica de adopción de acuerdos por consenso, cuestiones éstas que parecen poner de manifiesto, *a priori*, la dificultad de que dicho órgano cumpla la función de cohesionar un sistema sanitario armónico y de calidad. [66]

Por último, sobre el significado y alcance del concepto "bases de la sanidad",el análisis de esta cuestión obliga a analizar dos cuestiones relacionadas con el mismo, como son los criterios de articulación de las bases y de su desarrollo y el concepto material y formal de las bases. [67]

63 Compuesto, tras la Ley de Cohesión y Calidad, por el Ministro de Sanidad, Política Social e Igualdad, que lo preside, los Consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas, y un Secretario, que será representante del Ministerio de Sanidad y Política Social, sin perjuicio de que, cuando sea necesario, se puedan incorporar representantes del Estado o de las Comunidades Autónomas.

64 Artículo 71 de la LCC.

65 Por ejemplo, en el caso de la aprobación de los planes integrales de salud, materia ésta que se encuentra incluida dentro de las funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud, no se puede prever cómo debe funcionar al respecto el Consejo Interterritorial de Salud, si como órgano de coordinación, cooperación, comunicación o información.

66 Y así se ha puesto de manifiesto en la práctica con algunas de las sesiones plenarias del Consejo donde se ha producido el abandono del Pleno por los representantes autonómicos en base a razones pura y exclusivamente políticas.

67 Téngase en cuenta que, como tiene declarado el TCo (Sentencias de 28 de julio de 1981 y 28 de enero de 1982) , la cuestión bases – desarrollo no tiene nada que ver con las leyes de bases reguladas en los artículos 82 y 83 de la Constitución, no con las leyes marco del artículo 150.1.

En lo que concierne a los criterios de articulación de las bases y su desarrollo [68], el TCo tiene declarado al respecto que:

- La legislación básica ha de establecer el marco de una política global [69] que permita el desarrollo de una plítica propia a las Comunidades Autónomas.
- Lo que la CE persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la Nación, lo cual asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan. [70]
- Sin embargo, la regulación unitaria no puede agotar la regulación de una materia, sino que es preciso que reserve un ámbito sustancial de la misma para que las Comunidades Autónomas puedan ejercer su propia competencia. [71]

En definitiva, según la doctrina del TCo, [72] en relación al concepto de bases, por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional[73].

---

68 Sobre estas cuestiones, véase a T. GUI MORI. Doctrina Constitucional 1981 – 1988. Las 1.176 primeras sentencias del Tribunal Constitucional y su repercusión en el mundo del derecho. Librería Bosch. Barcelona 1989.

69 STCo noviembre de 1982.

70 STCo de 28 de enero de 1982, la cual ha sido reiterada en las Sentencias de 30 de noviembre de 1992, 29 de noviembre de 1988 y 22 de abril de 1993, entre otras muchas.

71 STCo de 28 de julio de 1981, 2 de enero y 28 de junio de 1982 y 4 de julio de 1991, entre otras muchas del mismo tenor.

72 STCo 25 de mayo de 2004, RTC 2004/98.

73 En este sentido, la reciente Sentencia 22/2012, de 16 de febrero: "En relación al concepto de «bases», «nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto".

Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia en aras de una unidad mínima de posiciones jurídcas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límte a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa de su propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esta delimitación general de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido, o cercenarse, las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma. [74] Por tanto, ni la fijación de las bases, ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16ª del artículo 149. 1 CE (que persigue también la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones [75]) deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia.

Sobre el concepto material y formal de las bases, la jurisprudencia del TCo, ya desde sus orígenes, se ha pronunciado a favor de un concepto material de las bases, defendiendo que las normas no son básicas por el hecho de estar contenidas en una Ley y ser en ellas calificadas como tales, sino que lo esencial del concepto de bases es su contenido, el cual está constituido esencialmente por la regulación del interés general de la materia de que se trate, cuestión esta que deberá determinar el Estado en cada norma, correspondiendo al Alto Tribunal valorar, como intérprete supremo de la Constitución, si esa determinación resulta constitucionalmente admisible[76].

74 STCo 1/1982, de 28 de enero, Fundamento Jurídico 1º; 69/1988, de 19 de abril, Fundamento Jurídico 5º; 102/1995, de 26 de junio, Fundamentos Jurídicos 8º y 9º; 197/1996, de 28 de noviembre, Fundamento Jurídico 5º; 223/2000, de 21 de septiembre, Fundamento Jurídico 6º; 188/2001, de 20 de septiembre, Fundamento Jurídico 8º; 126/2002, de 23 de mayo, Fundamento Jurídico 7º; 24/2002, de 31 de enero, Fundamento Jurídico 6º; 37/2002, de 14 de febrero, Fundamento Jurídico 9º y 1/2003, de 16 de enero, Fundamento Jurídico 8º.

75 STCo 32/1983, de 28 de abril, Fundamento Jurídico 2º; 42/1983, de 20 de mayo, Fundamento Jurídico 3º y 80/1985, de 4 de julio, Fundamento Jurídico 2º, entre otras muchas.

76 Respecto al aspecto formal de las bases, esta es la interpretación dada a dicha cuestión por el TCo en las Sentencias de 28 de julio de 1981 y 28 de enero de 1982. Sin embargo, a partir de la Sentencia de 19 de abril de 1988 el Alto Tribunal va a otorgar una mayor relevancia al aspecto formal y, por razones de seguridad jurídica y manteniendo el concepto material de lo básico como núcleo esencial de la doctrina constitucional, empezó a exigir que el requisito de la norma básica venga incluida en Ley votada en Cortes Generales, norma ésta en la que se designe expresamente su carácter básico o así se desprenda de su estructura, aunque sigue admitiendo que un reglamento pueda complementar esa Ley básica, declarando expresamente el carácter básico de sus preceptos (Sentencia de 29 de noviembre de 1988) y, extrañamente, ha admitido reglamentos básicos con carácter excepcional y sin habilitación previa de una Ley (Sentencias de 23 de marzo de 1992 y 22 de abril de 1993).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1. 16 CE, el Estado tiene competencias exclusivas sobre las siguientes materias:

i. Sanidad Exterior

La sanidad exterior debe ser entendida, en sentido amplio, como la que incide sobre relaciones internacionales, de tal manera que su ordenación produce consecuencias jurídicas internas y externas a las fronteras del Estado español, tal y como acontece con la ordenación sanitaria de puertos, fronteras y aeropuertos, con la importación, exportación y tránsito de mercancías sanitarias, con la relación con los organismos

sanitarios internacionales, y con los acuerdos internacionales e interinstitucionales entre España y otros Estados[77].

Como se aprecia, de tal definición amplia[78] esta competencia exclusiva del Estado afecta a todos los niveles: legislación, ejecución reglamentaria y ejecución material.

Y, desde una perspectiva más estricta, el concepto de sanidad exterior se infiere de lo declarado por el TCo en la Sentencia 329/1994, de 15 de diciembre[79]. En este sentido, la sanidad exterior se halla directamente vinculada al tráfico de personas y bienes y se concreta en la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional, como acontece con los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos autorizados.

Mediante relaciones y acuerdos sanitarios internacionales nuestro país colabora con otros países y Organismos Internacionales en materia de sanidad exterior en los siguientes aspectos: control epidemiológico; lucha contra las enfermedades transmisibles; conservación de un

77 Respecto a los acuerdos sanitarios internacionales, ha de tenerse presente que la atribución de esta materia al Estado se justifica, además, del artículo 149.1.16 CE, en el artículo 149.1.3 (relaciones internacionales).

78 En este mismo sentido la redacción recogida actualmente en la La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 36.

79 Dictada al resolver el Conflicto de Competencias 1218/1986, planteado por la Xunta de Galicia contra diversos preceptos del Real Decreto 1418/1986, de 13 de junio, sobre funciones del Ministerio de Sanidad y Consumo en materia de sanidad exterior.

medio ambiente saludable; elaboración, perfeccionamiento y puesta en práctica de normativas internacionales; investigación biomédica y, en general, en todas aquellas acciones que se acuerden por estimarse beneficiosas para las partes concertantes en el campo de la salud.

ii. Bases y Coordinación General de la Sanidad

Se reitera lo anteriormente expuesto respecto al alcance y contenido de ambos términos, señalándose, no obstante, con arreglo a lo dispuesto en la doctrina constitucional [80] que:

- Sobre las "bases", aunque la competencia estatal para fijarlas ("lo básico" dice el TCo) es una competencia normativa que corresponde al legislador estatal, en algunas materias existen ciertas decisiones y actuaciones de tipo coyuntural que pueden tener asimismo un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos del sistema normativo[81].
- En lo tocante a la "coordinación general", señala el TCo que, aunque constituye un reforzamiento o complemento de las bases, esta es una competencia distinta a la de fijación de las mismas. Presupone la existencia de competencias autonómicas en materia de sanidad que el Estado debe respetar, y así ni la fijación de las bases

80 STCo 32/1983, de 28 de abril.

81 Como acontece con la formación médica continuada, en el caso resuelto por la STCo 1/2011, de 14 de febrero, a cuyo tenor "en cuanto a la posibilidad de que el Estado pueda retener en su acervo competencial las funciones previstas en la cláusula primera de estos convenios (y encomendarlas a las organizaciones colegiales nacionales) como consecuencia de su proyección y eficacia en todo el territorio nacional, debemos insistir una vez más en que la posible eficacia supracomunitaria de los actos de ejecución está implícita en las reglas constitucionales del reparto competencial pues «la unidad política, jurídica económica y social de España impide su división en compartimentos estancos y, en consecuencia, la privación a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de actuar cuando sus actos pudieran originar consecuencias más allá de sus límites territoriales equivaldría necesariamente a privarlas, pura y simplemente de toda capacidad de actuación (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 1)» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 63). Por ello, hemos afirmado que «las actuaciones ejecutivas autonómicas, por el hecho de que generen consecuencias más allá del territorio de las Comunidades Autónomas que hubieren de adoptarlas, por estar así previsto en sus Estatutos de Autonomía, no revierten al Estado como consecuencia de tal efecto supraterritorial, pues a este traslado de la titularidad, ciertamente excepcional, tan sólo puede llegarse, como se apuntó en la STC 329/1993 (FJ 4), cuando, además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del fenómeno objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no sea susceptible de fraccionamiento y aun en este caso, dicha actuación no pueda llevarse a cabo mediante mecanismos de cooperación y coordinación, sino que requiera un grado de homogeneidad que sólo pueda garantizar su atribución a un solo titular, que forzosamente deba ser el Estado, o cuando sea necesario recurrir a un ente con capacidad de integrar intereses contrapuestos de varias Comunidades Autónomas (STC 243/1994, FJ 6)» (SSTC 175/1999, de 30 de septiembre, FJ 6, y 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 11)".

ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las competencias de las Comunidades Autónomas.

- Y, sobre la "alta inspección", ésta constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración estatal.

iii. Legislación sobre Productos Farmacéuticos

La competencia estatal en esta materia se encuentra referida al proceso de elaboración del medicamento, sin que, dado lo restrictivo con que se han interpretado los términos "sanidad interior", pueda extenderse tal competencia estatal a otros aspectos farmacéuticos tales como la investigación, la distribución y dispensación de medicamentos y productos farmacéuticos por las oficinas de farmacia, etc.

La CE atribuye competencia exclusiva al Estado en cuanto a la legislación sobre productos farmacéuticos, correspondiendo a las Comunidades Autónomas, tal y como se dispone en sus respectivos Estatutos, la función ejecutiva, ajustándose a los términos que establezcan las leyes y en su caso, las normas reglamentarias que, para su desarrollo, dicte el Estado.

La norma legal fundamental dictada por el Estado en esta materia es la LGURM, norma ésta que, entre otras cuestiones, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2004/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, y la Directiva 2004/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/82/CE por la que se establece un código comunitario sobremedicamentos veterinarios. Además, también se asegura la armonización de nuestra normativa con el Reglamento (CE) nº 726/2004, por el que se establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos. [82]

Partiendo de la nula referencia a la ordenación farmacéutica contenida en los preceptos constitucionales y habiendo existido dudas respecto al encuadre de dicha materia en las bases

82 Para un análisis detallado de estas cuestiones, véase a J. G QUIRÓS HIDALGO. *La prestación farmacéutica de la Seguridad Social*. Ed. Lex Nova. 2006.

de la sanidad, en la legislación sobre productos farmacéuticos, en ambas base o en ninguna de ellas [83] a nuestro juicio, resulta evidente la vinculación de esta materia a las "bases de la sanidad".

En efecto, la ordenación deber ser entendida como planificación y regulación de la prestación del servicio farmacéutico a la población, actividad ésta que forma parte del artículo 43 de la CE, el cual atribuye a los poderes públicos el deber de establecer las prestaciones y servicios necesarios para tutelar y organizar la sanidad pública, debiéndose concluir en que, la razón por la que en la CE se hace una referencia específica a los "productos farmacéuticos" y no a la ordenación farmacéutica viene impuesta por "el deseo del constituyente de asumir, dada la importancia y las características propias de la regulación de los productos farmacéuticos, un mayor ámbito competencial, y de ahí que optase por su especificación, mientras que en materia de ordenación farmacéutica pretendía sólo mantener en su ámbito competencial las bases". [84]

En relación con los Productos Farmacéuticos, las competencias específicas que corresponden al Estado son las siguientes:

- Legislación sobre productos farmacéuticos.
- Evaluación, autorización y registro de medicamentos de uso humano, medicamentos de uso veterinario y productos sanitarios.
- Decisión sobre la financiación pública y fijación del precio de los medicamentos y productos sanitarios.

83 Resueltas por la doctrina jurisprudencial del TCo contenida, entre otras, en la Sentencia 152/2003, de 17 de julio, según la cual, "la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios ... debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del art. 149.1.16 de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros. En la citada Sentencia [STC 32/1983] se decía también que tales requisitos y competencias debían considerarse siempre como mínimos y que, por consiguiente, por encima de ellos, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria ... puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados con carácter general por el Estado, otros que entienda oportunos o especialmente adecuados (STC 80/1984, FJ 1)" (STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3).

84 Así se expresa, literalmente, M. CUETO PEREZ. *Ordenación farmacéutica: regulación estatal y autonómica*. Marcial Pons. Madrid, 1998. Pág. 26

- Garantizar el depósito de sustancias estupefacientes de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados Internacionales.
- Importación de medicación extranjera y urgente no autorizada en España.
- Mantener un depósito estatal estratégico de medicamentos y productos sanitarios para emergencias y catástrofes.
- Adquisición y distribución de medicamentos y productos sanitarios para programas de cooperación internacional.

3. El Sistema Público de Salud

A partir del Título I (del Sistema de Salud) de la LGS se regula toda la complejidad institucional creada para la dispensa de la prestación sanitaria, y que en una sistemática adecuada puede exponerse así:

El Sistema Nacional de Salud es, desde luego, el núcleo del nuevo modelo que se instaura, y al que se asigna una denominación que, como se expondrá, no resulta organizativamente aplicable al sector sanitario privado.

No podemos olvidar, no obstante, que el origen de la asistencia sanitaria individualizada a los ciudadanos tiene carácter privado: *"…la evolución histórica de los servicios sanitarios sitúa los mismos en el marco de la provisión privada ligada, por tanto, a la propia capacidad económica… El progreso de la sociedad sirvió para considerar el establecimiento de sistemas de aseguramiento social de determinadas contingencias en el marco de los seguros sociales – especialmente el de enfermedad de 1942 y posteriormente la extensión el marco del sistema de seguridad social…"*[85]

i. Presupuestos objetivos y subjetivos:

- Los medios y actuaciones del Sistema Sanitario están orientados prioritariamente a la promoción de la salud y la prevención de las enfermedades.

85 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 69.

- La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población residente en nuestro país. El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva.
- La política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales.

ii. Derechos y deberes de los ciudadanos.

La LBAP y el artículo 10 LGS [86] detallan los derechos de los ciudadanos en relación con el sistema sanitario público, pudiéndose citar como tales derechos los siguientes[87]

- El derecho a la información sanitaria.
- El derecho a la intimidad.
- El respeto a la autonomía del paciente.
- La historia clínica.
- El informe de alta y otra documentación clínica.

Como obligaciones de los ciudadanos en relación son el sistema sanitario, el artículo 11 de la LGS [88] contempla una serie de deberes:

- Cumplir las prescripciones generales de la naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los servicios sanitarios.
- Cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las instituciones sanitarias.
- Responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, fundamentalmente en lo que se refiere a la utilización de servicios, procedimientos de baja laboral o incapacidad permanente, y prestaciones terapéuticas y sociales.

86 En lo no derogado por la LBAP, La Disposición Derogatoria de dicha norma deja sin vigencia, entre otros preceptos de la Ley 14/1986, General de Sanidad, los apartados 5, 6, 8, 9 y 11 de su artículo 10.

87 Recogidos, también, en el Código de Deontología Médica de julio de 2011:

88 El cual se mantiene en vigor, salvo lo establecido en el apartado cuarto del mismo, por declararlo así la Disposición Derogatoria Única de la LBAP (B.O.E nº 274, de 15 de noviembre de 2002).

- Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria. [89]

Por su parte, el hoy derogado apartado cuarto del citado artículo 11 de la LGS, ha sido sustituido por el artículo 21 de la LBAP, el cual establece, con relación al alta del paciente que, en caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas[90]. Asimismo, en el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente, y si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión.

4. La estructura del Sistema Sanitario Público

La estructura del Sistema Sanitario Público se instaura alrededor, como pilar del Sistema de Salud, de los llamados Servicios Públicos de Salud, constituidos por el Estado y por las Comunidades Autónomas, con una composición y cometido determinado.

En lo que se refiere a la Salud Mental, el artículo 20 de la LGS refiere a la plena integración de las actuaciones relativas a la Salud Mental en el Sistema Sanitario General, y de la total equiparación del enfermo mental a las demás personas, en relación a los recursos asistenciales a nivel ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, reduciendo así al máximo la posible necesidad de hospitalización.

89 Obligación ésta establecida, ex novo, en el artículo 2. 5 de la LBAP.

90 Sentencia 155/2011, de 21 de marzo de la Audiencia Provincial de Valencia. Se citan en esta Resolución aquellos elementos que han de concurrir en el alta y que de no hacerlo pueden dar lugar a un alta prematura, con sus consecuencias clínicas y legales.

Se consideran de modo especial aquellos problemas relativos a la psiquiatría infantil y psicogeriatría.

La hospitalización de los pacientes por procesos que así lo requieran se realiza en las unidades psiquiátricas de los centros hospitalarios. En este sentido se implantan los servicios de rehabilitación y reinserción social, necesarios para una adecuada atención integral de los problemas del enfermo mental, buscando la necesaria coordinación con los servicios sociales.

Los servicios de salud mental y de atención psiquiátrica del Sistema Sanitario General, cubren, asimismo, en coordinación con los servicios sociales, los aspectos de prevención primaria y la atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud general; con ello la LGS empalma así, en su tratamiento, con los mismos orígenes de esta protección sobre los enfermos mentales, que tal vez fue el origen del posterior devenir de la protección asistencial.

Por lo que respecta a la Salud Laboral [91], prevista en la LGS, como embrión de la regulación contenida en la LPRL, [92] es necesario citar el artículo 21.1 de la LGS[93], relativo a la actuación sanitaria en el ámbito de la salud laboral, en virtud del cual en la misma se recogían ya los siguientes aspectos:

- Promover con carácter general la salud integral del trabajador.
- Actuar en los aspectos sanitarios de la prevención de riesgos profesionales.
- Asimismo se vigilarán las condiciones de trabajo y ambientales que puedan resultar nocivas o insalubres durante los periodos de embarazo y lactancia de la mujer trabajadora, acomodando su actividad laboral, si fuese necesario, a un trabajo compatible durante los períodos referidos.
- Determinar y prevenir los factores de microclima laboral en cuanto puedan ser causantes de efectos nocivos para la salud de los trabajadores.

91 A. MONTOYA MELGAR y J. PIZÁ GRANADOS. *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Editorial Macgraw – Hill. 2ª Edición. 2000.

92 Ley 31/1995, de 8 de noviembre.

93 Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

- Vigilar la salud de los trabajadores para detectar precozmente e individualizar los factores de riesgo y deterioro que puedan afectar a la salud de los mismos.
- Elaborar, junto con las autoridades laborales competentes, un mapa de riesgos laborales para la salud de los trabajadores. A estos efectos, las empresas tienen obligación de comunicar a las autoridades sanitarias las sustancias utilizadas en el ciclo productivo. Asimismo, se establece un sistema de información sanitaria, que permita el control epidemiológico y el registro de morbilidad y mortalidad por patología profesional.
- Promover la información, formación y participación de los trabajadores y empresarios en cuanto a los planes, programas y actuaciones sanitarias en el campo de la salud laboral.

Las actividades mencionadas se desarrollarán desde las Áreas de Salud definidas en la propia LGS.

El ejercicio de las competencias definidas anteriormente se efectuará bajo la dirección de las autoridades sanitarias, que actuarán en estrecha coordinación con las autoridades laborales y con los órganos de participación, inspección y control de las condiciones de trabajo y seguridad e higiene en las empresas. La importancia del colectivo de los trabajadores, y en particular la fuerza, cada vez mayor, de la expansión y cobertura social de los regímenes de la Seguridad Social justifica este tratamiento, en el que destacan las actuaciones sanitarias públicas relativas a la promoción, prevención, vigilancia y elaboración de mapas de riesgos.

De este modo la propia rúbrica del Título III LGS confirma la categoría del sistema así prescrito, que se califica como un auténtico Sistema Nacional de Salud; así el artículo 44.1 de la Ley establece que todas las estructuras y servicios públicos, a disposición de la salud, integrarán el Sistema Nacional de Salud, que será el conjunto de los servicios del Estado y los de las Comunidades.

En este sentido, el artículo 46, describe las características fundamentales del mismo, que son:

i. La extensión de sus servicios a toda la población[94].

94 Con las limitaciones introducidas, bajo el concepto de asegurado, en el RDL 16/2012 de 20 de abril., de medidas urgentes de sostenibilidad del SNS.

ii. La organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad, como de la curación y rehabilitación.

iii. La coordinación y, en su caso, la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único.

iv. La financiación de las obligaciones mediante recursos de la Administraciones Públicas.

v. La prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.

Debe tenerse en cuenta lo establecido en la LCC, norma ésta que, partiendo de la experiencia adquirida desde la promulgación de la LGS, constata [95] la necesidad de la búsqueda de un nuevo modelo, que aproveche esa experiencia y ofrezca nuevos instrumentos que permitan a los ciudadanos recibir un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso, independientemente del lugar de su residencia.

La primera aportación de la LCC al nuevo modelo es la definición de aquellos ámbitos en que es precisa la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En estos ámbitos se define un núcleo común de actuación del Sistema Nacional de Salud y de los servicios de salud que lo integran. Sin interferir en la diversidad de fórmulas organizativas, de gestión y de prestación de servicios consustancial con un Estado descentralizado, se pretende que la atención al ciudadano por los servicios públicos sanitarios responda a unas garantías básicas y comunes.

Los ámbitos de colaboración entre las Administraciones públicas sanitarias definidas por esta Ley son: las prestaciones del Sistema Nacional de Salud; la farmacia; los profesionales sanitarios; la investigación; el sistema de información sanitaria, y la calidad del sistema sanitario. Estos seis ámbitos representan para el ciudadano la seguridad de las prestaciones en todo el territorio del Estado; que los profesionales sanitarios tengan las mismas garantías de competencia profesional; que la investigación se oriente a las necesidades de salud de la población; que la información sanitaria fluya en todo el sistema y que la calidad sea un objetivo común dentro del Sistema Nacional de Salud.

95 En su Exposición de Motivos.

Además de las seis áreas descritas anteriormente, la Ley ofrece mecanismos de cooperación y coordinación tanto en la organización de la asistencia sanitaria como en salud pública. En asistencia sanitaria se regulan los planes integrales de salud, para que las Administraciones sanitarias adopten un enfoque integral en la atención a las enfermedades más prevalentes. En salud pública se identifican aquellos ámbitos en los que se requiere un enfoque conjunto.

"Una vez culminado el proceso de transferencia a las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de Sanidad…se puso de manifiesto la necesidad de arbitrar un sistema de coordinación que garantizase la existencia de unas prestaciones sanitarias homogéneas en todo el territorio español, evitando desigualdades en los servicios ofrecidos a los potenciales usuarios de los mismos[96]"

Y, para que ello sea factible, la LCC diseña una serie de instrumentos para tomar aquellas decisiones que corresponde asumir conjuntamente al Estado y a las Comunidades Autónomas. De esta forma, la Ley crea o potencia órganos especializados, que se abren a la participación de las Comunidades Autónomas; así, la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación en Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

96 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 61.

CAPITULO I

LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO COMETIDO ESENCIAL DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y SU ESTATUTO JURÍDICO

1. Concepto de Salud

La salud es un término multívoco, cuyo concepto, a efectos del Derecho, se conforma a partir del concepto genérico, pudiendo obtenerse tres definiciones de la misma.

En un sentido vulgar y restringido, la salud consiste simplemente en la ausencia de enfermedad. Sin embargo, tal concepción, de enunciado meramente negativo, no es satisfactoria para el estudio de la responsabilidad de los médicos del Sistema Nacional de Salud, no sólo por la insuficiencia de su alcance, sino por los efectos de diferente signo que el derecho positivo atribuye a la enfermedad[97].

En un sentido académico y amplio, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la salud como el "estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones". La idea, desde esta perspectiva, ya no se limita solamente a la ausencia de enfermedad, sino que abarca positivamente el desarrollo normal y funcional de los órganos fisiológicos del cuerpo humano, entendiéndose que también carece de salud la persona que, sin estar enfermo, presenta una anomalía anatómico - funcional. No obstante, desde el enfoque de la responsabilidad de los profesionales sanitarios del Sistema Nacional de Salud, tal concepción adolece de su restricción aplicativa al organismo humano, individualmente considerado.

En un sentido técnico, la OMS ha definido la enfermedad, en su documento constitutivo, como el "estado de completo bienestar físico, mental y social". La amplitud de este concepto hace poner el acento no sólo en el perfecto desenvolvimiento de los órganos fisiológicos del ser humano, sino también en el desarrollo equilibrado y normal de sus capacidades mentales

97 Como acontece con los diferentes grados de incapacidad que establece el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

y psíquicas. Asimismo, la salud comprende tanto las patologías de carácter individual como las que afectan a la sociedad en su conjunto.

Este último concepto, amplio y progresivo, es el que conviene, a efectos del Derecho, para el entendimiento de la cuestión de la responsabilidad de los profesionales sanitarios de los Servicios de Salud. Y es que, a efectos de tal responsabilidad, en la protección de la salud debe observarse la incidencia de dos tipos de intereses que en ella se debaten:

i. *Un interés individual*, en la medida que la salud es, antes que nada, un bien privado que afecta al hombre en su dimensión individual y en su núcleo familiar. En este sentido, la tutela jurídica del derecho a la salud deriva del derecho a la vida y a la conservación de la propia existencia como intereses individuales jurídicamente protegibles, tanto por el Derecho Natural, como por el Derecho Constitucional. Se incardinaría así la protección de la salud, en nuestro Ordenamiento Jurídico, no en el artículo 43 de la CE, sino en el artículo 15 de la misma, siendo resarcibles los daños físicos, morales, y de toda índole, producidos por la prestación de servicios profesionales por los profesionales sanitarios dependientes del Sistema Nacional de Salud, que afecten al ser humano individualmente considerado.

ii. *Un interés colectivo o social*, en la medida que la salud es un bien susceptible de protección pública que afecta a la entera comunidad, ya considerada en su conjunto colectivo, ya considerada a través de sus miembros componentes. Desde esta perspectiva, el derecho a la protección de la salud de la comunidad aparece como irrenunciable, y la responsabilidad de los Servicios de Salud, en este punto, o de los profesionales sanitarios que prestan su actividad profesional para dichos Servicios de Salud, se garantiza bien mediante medidas legislativas encuadrables en las ayudas públicas[98], ya mediante el ejercicio de acciones administrativas y judiciales tendentes a la exigencia de responsabilidad patrimonial[99].

98 Un ejemplo de estas ayudas públicas en nuestro ordenamiento jurídico lo constituye el Real Decreto Ley 9/1993, sobre hemofílicos afectados del virus del VIH.

99 En este punto se citan las sentencias dictadas por la SCAAN, Sección Cuarta, que, al resolver los Recursos Contencioso Administrativos 156/97, 413/97 y 153/2001, sobre responsabilidad patrimonial por daños morales, instada por familiares de pacientes hemofílicos fallecidos a consecuencia del virus del VIH, declaran que el perjuicio consistente en el daño moral por la pérdida de un familiar no es objeto de reparación por las ayudas reguladas en el Real Decreto Ley 9/1993, puesto que las mismas se reconocen solamente a los afectados por la enfermedad, condenando, sin embargo, a la Administración Sanitaria, por los daños morales ocasionados por dicha enfermedad a los familiares del afectado en base al régimen normativo contenido en los artículos 106.2 de la CE y 139 y siguientes de la LRJAP-PAC.

En el Derecho Comparado, [100] entre estos dos tipos de intereses, el individual y el colectivo, se ha debatido la ordenación jurídica de la salud y, la preeminencia de uno sobre el otro se infiere, según los distintos países, de los principios rectores de la salud en la política estatal, de tal modo que, en un Estado individualista, o no fuertemente intervenido por los Poderes Públicos (caso de los Estados Unidos de América), el cuidado de la salud queda a cargo exclusivamente de los individuos afectados, los cuales disponen, por lo general, de plena libertad para atenderla o no, y para dedicarle los medios de que dispongan o consideren oportuno y al Estado sólo le incumbe la obligación de establecer las medidas precisas para que se mantenga esa libertad individual, inhibiéndose de las decisiones restantes, salvo – a lo sumo – en lo referente al fomento de instituciones y medios para el cuidado de la salud con carácter graciable y sin imposiciones coactivas. Es de destacar que, en consecuencia, en dicho sistema individualista, la responsabilidad por los daños producidos tendrá que soportarlos el propio sujeto (por la falta de aseguramiento del riesgo de asistencia sanitaria o por su aseguramiento insuficiente), el médico que le atiende (por la defectuosa prestación de la asistencia sanitaria) o, en fin, el centro sanitario en el que se encuadra el profesional sanitario (en base a la culpa *in vigilando* o la culpa in *eligendo).*

2. Los médicos del Sistema Nacional de Salud[101]: deberes básicos

El factor humano, imprescindible en cualquier organización, tiene una particular relevancia en el espacio sanitario público. *"Cualquier exposición que pretenda centrarse en la evolución del Sistema Público de Salud en España…ha de pasar necesariamente por una referencia detallada de la normativa reguladora del vínculo que ha unido a las Administraciones con el personal encargado de la realización efectiva de la prestación sanitaria[102]"*

100 El Servicio Nacional de Salud del Reino Unido fue el primer sistema de asistencia sanitaria universal, prestada con cargo al gobierno. Otros ejemplos son "Medicare" en Australia o Canadá. Dichos sistemas de prestación de servicios sanitarios contrastan con los sistemas individuales de prestación de asistencia sanitaria existentes en EE UU. o en Sudáfrica, en los cuales es el ciudadano el que, con cargo a seguros individuales de salud, cubre las situaciones de necesidad dimanantes de la protección de la salud.

101 Se trata del colectivo más numeroso de estos profesionales, pudiendo estar vinculados, asimismo a establecimientos privados, bajo dos tipos de relaciones básicas: "mediante contrato de trabajo y mediante contratos civiles (de arrendamiento de servicios; también de sociedad). Dichas relaciones procederán, respectivamente, cuando se preste un trabajo dependiente y por cuenta ajena o cuando se preste un trabajo autónomo. Montoya Melgar. *El nuevo criterio técnico de Inspección de Trabajo núm. 79/2009*. XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario.

102 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO.

El EMPESS, norma legal ésta que establece las bases reguladoras de la relación funcionarial especial del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, resulta aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e II.SS. de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado[103].

Dicha norma impone los siguientes deberes a los médicos incluidos en su ámbito de aplicación[104]:

- Respetar la Constitución, el Estatuto de Autonomía correspondiente y el resto del ordenamiento jurídico.
- Ejercer la profesión o desarrollar el conjunto de las funciones que correspondan a su nombramiento, plaza o puesto de trabajo con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, éticos y deontológicos que sean aplicables.
- Mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento, a cuyo fin los centros sanitarios facilitarán el desarrollo de actividades de formación continuada.
- Cumplir con diligencia las instrucciones recibidas de sus superiores jerárquicos en relación con las funciones propias de su nombramiento, y colaborar leal y activamente en el trabajo en equipo.
- Participar y colaborar eficazmente, en el nivel que corresponda en función de su categoría profesional, en la fijación y consecución de los objetivos cuantitativos y cualitativos asignados a la institución, centro o unidad en la que preste servicios.

Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 96.

103 Y todo ello con independencia de que los Servicios de Salud puedan acudir a las fórmulas de contratación laboral existentes para atender las necesidades de personal derivadas del funcionamiento continuado de los centros, servicios y establecimientos sanitarios. Ha de tenerse también en cuenta que lo previsto en el EMPESS será de aplicación al personal sanitario funcionario y al personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas comunidades autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud, en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación y si así lo prevén las disposiciones aplicables al personal funcionario o los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada comunidad autónoma (art. 2. 3 del mismo).

104 Artículo 19.

- Prestar colaboración profesional cuando así sea requerido por las autoridades como consecuencia de la adopción de medidas especiales por razones de urgencia o necesidad.
- Cumplir el régimen de horarios y jornada, atendiendo a la cobertura de las jornadas complementarias que se hayan establecido para garantizar de forma permanente el funcionamiento de las instituciones, centros y servicios.
- Informar debidamente, de acuerdo con las normas y procedimientos aplicables en cada caso y dentro del ámbito de sus competencias, a los usuarios y pacientes sobre su proceso asistencial y sobre los servicios disponibles.
- Respetar la dignidad e intimidad personal de los usuarios de los servicios de salud, su libre disposición en las decisiones que le conciernen y el resto de los derechos que les reconocen las disposiciones aplicables, así como a no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos.
- Mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios una vez obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones[105]
- Utilizar los medios, instrumental e instalaciones de los servicios de salud en beneficio del paciente, con criterios de eficiencia, y evitar su uso ilegítimo en beneficio propio o de terceras personas.
- Cumplimentar los registros, informes y demás documentación clínica o administrativa establecidos en la correspondiente institución, centro o servicio de salud.
- Cumplir las normas relativas a la seguridad y salud en el trabajo, así como las disposiciones adoptadas en el centro sanitario en relación con esta materia.
- Cumplir el régimen sobre incompatibilidades.
- Ser identificados por su nombre y categoría profesional por los usuarios del Sistema Nacional de Salud.

105 Pone particular atención e intensidad en su tratamiento el Código de Deontología Médica de 2011.

El incumplimiento de tales deberes da lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, [106] sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial, civil o penal que pueda derivarse de tales infracciones[107].

Por su parte, la LOPS, a propósito del ejercicio de las profesiones sanitarias, establece los principios generales en relación al ejercicio de las profesiones sanitarias, [108] así como los principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos[109].

De acuerdo con ello, los principios generales en relación con el ejercicio de las profesiones sanitarias, aplicables por tanto a los médicos del Sistema Nacional de Salud, se pueden sintetizar en los siguientes:

- El reconocimiento, de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y 36 de la Constitución, del derecho al libre ejercicio de las profesiones sanitarias, con los requisitos previstos en la citada Ley y en las demás normas legales que resulten aplicables.
- La exigencia de la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello, de acuerdo con lo previsto en la LOPS, en las demás leyes aplicables y en las normas reguladoras de los colegios profesionales.
- El reconocimiento a los profesionales sanitarios del ejercicio, entre otras funciones, en los ámbitos asistencial, investigador, docente, de las competencias relativas a la gestión clínica, de prevención y de información y educación sanitarias.
- Corresponde a todas las profesiones sanitarias participar activamente en proyectos que puedan beneficiar la salud y el bienestar de las personas en situaciones de salud y enfermedad, especialmente en el campo de la prevención de enfermedades, de la educación sanitaria, de la investigación y del intercambio de información con otros profesionales y con las autoridades sanitarias, para mejor garantía de dichas finalidades.

106 Prevista en los arts. 70 a 75 del EMPESS

107 Art. 71.2 EMPESS.

108 Art. 4.

109 Art. 5.

- Los profesionales tendrán como guía de su actuación el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normo-praxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión.
- Los profesionales sanitarios realizarán a lo largo de su vida profesional una formación continuada, y acreditarán regularmente su competencia profesional.
- El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, y de acuerdo con los siguientes principios:

    i. Existirá formalización escrita de su trabajo, reflejada en una historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en él. La historia clínica tenderá a ser soportada en medios electrónicos y a ser compartida entre profesionales, centros y niveles asistenciales.

    ii. Se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar.

    iii. La eficacia organizativa de los servicios, secciones y equipos, o unidades asistenciales equivalentes sea cual sea su denominación, requerirá la existencia escrita de normas de funcionamiento interno y la definición de objetivos y funciones tanto generales como específicas para cada miembro del mismo, así como la cumplimentación por parte de los profesionales de la documentación asistencial, informativa o estadística que determine el centro.

    iv. La continuidad asistencial de los pacientes, tanto la de aquellos que sean atendidos por distintos profesionales y especialistas dentro del mismo centro como la de quienes lo sean en diferentes niveles, requerirá en cada ámbito asistencial la existencia de procedimientos, protocolos de elaboración conjunta e indicadores para asegurar esta finalidad.

v. La progresiva consideración de la interdisciplinariedad y multidisciplinariedad de los equipos profesionales en la atención sanitaria.

Por su parte, los principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos, son los siguientes:

- Los profesionales tienen el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en la Ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables.
- Los profesionales tienen el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos.
- Los profesionales tienen el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y deben respetar la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento[110] sobre dichas decisiones.
- Los pacientes tienen derecho a la libre elección del médico que debe atenderles. Tanto si el ejercicio profesional se desarrolla en el sistema público como en el ámbito privado por cuenta ajena, este derecho se ejercitará de acuerdo con una normativa explícita que debe ser públicamente conocida y accesible. En esta situación el profesional puede ejercer el derecho de renunciar a prestar atenciones sanitarias a dicha persona sólo si ello no conlleva desatención. En el ejercicio en el sistema público o privado, dicha renuncia se ejercerá de acuerdo con procedimientos regulares, establecidos y explícitos, y de ella deberá quedar constancia formal.
- Los profesionales y los responsables de los centros sanitarios facilitarán a sus pacientes el ejercicio del derecho a conocer el nombre, la titulación y la especialidad de los

110 Así se recoge en el Código Deontológico Médico de 2011, en su artículo 12.1: "El médico respetará el derecho del paciente a decidir libremente después de recibir la información adecuada, sobre las opciones clínicas disponibles"

profesionales sanitarios que les atienden, así como a conocer la categoría y función de éstos, si así estuvieran definidas en su centro o institución.

- Los pacientes tienen derecho a recibir información de acuerdo con lo establecido en la LBAP[111].

Como se ve, el incumplimiento de los principios antedichos, al igual que acontece con el EMPESS, constituiría causa de exigencia de responsabilidad disciplinaria, penal o patrimonial[112].

La norma básica reguladora del Personal Estatutario es el mencionado Estatuto Marco del Personal Estatutario, de 16 de diciembre de 2003, norma dictada al amparo de la competencia estatal atribuida por el artículo 149.1.18ª de la Constitución, sobre cuya legalidad y pertinencia, por tanto, no es posible cuestionar. Produjo cierta inquietud, sin embargo, la posterior promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril) sobre una posible derogación tácita del Estatuto de 2003 por esta norma posterior en cuanto alguna disposición fuera incompatible, cuestión que apuntó el catedrático Alegre Ávila[113] en su día y que, tras esa inquietud inicial, no ha producido perturbación notoria entre los operadores jurídicos.

111 Para garantizar de forma efectiva y facilitar el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior, los colegios profesionales, consejos autonómicos y consejos generales, en sus respectivos ámbitos territoriales, establecerán los registros públicos de profesionales que, de acuerdo con los requerimientos de la LOPS, serán accesibles a la población y estarán a disposición de las Administraciones sanitarias. Los indicados registros, respetando los principios de confidencialidad de los datos personales contenidos en la normativa de aplicación, deberán permitir conocer el nombre, titulación, especialidad, lugar de ejercicio y los otros datos que en dicha Ley se determinan como públicos.

112 Otra cosa es la vía procedente en cada caso concreto, ante la indefinición de la naturaleza jurídica de la relación de este personal con el sistema público para el que trabajan: "…las relaciones jurídicas entre personal sanitario y establecimientos de salud viene planteando dudas a los intérpretes, incluidos los judiciales y administrativos, en cuanto a su calificación jurídica… lo que genera una situación de indefinición contraria al principio de seguridad jurídica proclamado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución. Huelga decir que la inclinación hacia una u otra interpretación, tiene consecuencias decisivas tanto en materia de derechos y obligaciones y responsabilidades contractuales y legales como en cuanto al encuadramiento del profesional a efectos de Seguridad Social, así como en cuanto a la competencia, o no, de los órganos jurisdiccionales y administrativos del orden social". A. Montoya Melgar. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 83,* págs. 179 a 193.

113 J.M. ALEGRE VILLA. *Normativa europea, jurisprudencia de Luxemburgo, Estatuto básico y estatuto marco en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 715.

3. Riesgo, responsabilidades de médicos y responsabilidad objetiva del Sistema Nacional de la Salud

En los Estados Unidos de América, la prestación de la asistencia sanitaria de corte individualista (y el problema sobrevenido de la responsabilidad individual de los médicos) se ha centrado, a partir del año 1990, en la denominada "lucha contra el riesgo".

La lucha contra el riesgo está indisolublemente unida al concepto de garantías de la calidad, y se alinea entre diversas disciplinas (Medicina y sus Ciencias Auxiliares, Derecho...) que se confunden fácilmente. Pero, dominando los principios de dicha lucha, y haciendo un uso correcto de los términos utilizados en tales disciplinas, son fácilmente comprensibles los problemas reales que se plantean al respecto[114].

Los profesionales de la medicina, en el arte de curar, nunca olvidan que la lucha contra el riesgo equivale, en realidad, a dominar los factores variables que intervienen en el ejercicio de la Medicina, así como en aumentar al máximo las posibilidades de un resultado satisfactorio para el paciente.

En esta lucha frente al riesgo en el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad y, consecuentemente, en materia de responsabilidad profesional, los profesionales sanitarios en los Estados Unidos de América suelen partir de una tesis conciliadora entre ambos términos, en la creencia de que actuar de forma tal que permita defender mejor los intereses a la protección de la salud del enfermo suele ser, a corto y largo plazo, lo que más conviene a los intereses de los profesionales de la asistencia sanitaria y a las instituciones que ellos representan[115].

Inicialmente, y desde un punto de vista puramente histórico, la lucha contra el riesgo en Medicina se inició a partir de la utilización, por los médicos, de noticias sobre unos acontecimientos imprevistos (las quejas de los pacientes, los informes sobre unos resultados

114 Véanse, como ejemplo de los problemas que se plantean al respecto, las ponencias presentadas al I Congreso sobre prevención en el medio laboral - sanitario. Sida, Hepatitis y otros complejos infecciosos. Aspectos médicos y jurídico - legales, celebrado en Oviedo los días 2 y 3 de diciembre de 1999, editados por la Fundación Méjica y la Fundación Mapfre Medicina. Oviedo, 1999.

115 F. MARTÍNEZ LÓPEZ, C. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y J. J SÁNCHEZ HERNÁNDEZ. *La gestión de riesgos sanitarios. Epidemiología de las reclamaciones económicas por responsabilidad sanitaria en el INSALUD*. Enero 1995 – Junio 1998. Revista de Administración Sanitaria. Volumen II. Número 10. Abril / Junio 1999. Págs. 67 a 83.

adversos, la existencia de una resolución judicial condenatoria...) como estímulo para que los mismos comenzaran a "combatir el riesgo". En su forma más tradicional, la lucha contra el riesgo en Medicina no se anticipaba a los acontecimientos, sino que se infería de los mismos, de tal modo que el prestigio de los médicos o de los centros sanitarios se hacía derivar de circunstancias tales como la reparación de los malos resultados, o de los malos actos médicos, basándose para ello, repetimos, en hechos ya ocurridos.

De este modo, el riesgo en sentido originario siempre hizo más hincapié en la posibilidad de que se produjera un evento dañoso para los intereses del profesional sanitario, o de la institución sanitaria para la que prestaba sus servicios, pero no tanto para la vida o la salud del paciente, aspecto este último que ha sido resaltado mucho más recientemente.

En este sentido, raramente los centros sanitarios combinaban sus dos funciones básicas: la lucha contra el riesgo y las garantías de calidad, de modo que ciertos resultados desfavorables pusieran en marcha auténticos cambios en la asistencia sistemática a los futuros pacientes y, aún más raramente, el personal encargado de luchar contra el riesgo gozaba de suficiente prestigio e influencia para que se crearan los niveles de garantía de calidad que habrían de evitar al paciente y al médico resultados adversos en el futuro.

Pero, recientemente, los nuevos rumbos emprendidos en la lucha contra el riesgo dibujan una panorámica totalmente distinta sobre la posibilidad de que se produzca el evento dañoso y sobre su previsión. Los médicos saben que su tarea asistencial consiste en anticiparse y no en ir a la zaga. El círculo sanitario asistencial donde se organiza y desarrolla una política eficaz contra el riesgo es aquél donde se obtienen regularmente informes para la lucha contra el mismo. Los profesionales médicos, concienciados de la lucha contra el siniestro, estudian ahora, más que nunca, las causas reales de los resultados desfavorables y utilizan métodos racionales que ayudan a resolver el problema.

Antes de que el riesgo pueda ser objeto de estudio, asimilan con prontitud algunos conceptos, si desean obtener éxito en la lucha contra el mismo. Las ideas centrales en dicha lucha se pueden sintetizar en las siguientes:

i. Una buena prestación de la asistencia sanitaria, y la ausencia de riesgos, solamente tiene lugar cuando aquella ha sido planificada cuidadosamente, mientras que, por el contrario, los eventos dañosos suelen suceder por sí solos.

ii. El segundo principio en la lucha contra el riesgo procede, en realidad, de la experiencia práctica alcanzada acerca de las garantías de calidad, es decir, en subrayar el hecho de que un porcentaje altísimo de los problemas derivados de la prestación de la asistencia sanitaria depende de la propia organización del Sistema de Salud, y no de las acciones culposas o negligentes de los propios médicos. Desde este punto de vista, puede afirmarse que los médicos no desean otra cosa más que el paciente recupere rápidamente su salud, pero aún son escasos los métodos implantados en las II.SS. que consiguen tener bien informados a los profesionales sanitarios sobre los efectos de las acciones que ellos mismos emprenden con respecto a los pacientes. Se invierte un tiempo escaso en coordinar las actividades de varios servicios médicos por los que deben pasar los pacientes; los fallos de comunicación entre los diversos servicios sanitarios, la deficiente vigilancia sucesiva que puede tener lugar como consecuencia de esa falta de comunicación, la deficiente articulación de la información entre los médicos y el resto de los profesionales sanitarios, son, entre otros muchos, la clase de fallos del Sistema de Salud que suelen caracterizar la producción del evento dañoso.

Son muchas las razones para que se produzcan estos daños que, insistimos, son, en la mayor parte de las ocasiones, consecuencia del funcionamiento normal o anormal[116] de la organización sanitaria y no de la actuación culposa o negligente de los profesionales sanitarios[117].

En el momento presente nos encontramos ante un sistema de prestación de servicios sanitarios profundamente especializado; no nos hallamos ya ante un sistema de medicina tradicional en el que el paciente acudía a un pequeño consultorio, donde le atendía su médico de cabecera que le exploraba, realizaba análisis y estudios complementarios y le diagnosticaba, recetándole los fármacos y encargándose, además, de vigilar su mejoría y proporcionarle asistencia continuada.

En la actualidad y gracias a la superespecialización de los profesionales sanitarios, todos los aspectos técnicos de la asistencia sanitaria los efectúan equipos, donde se hallan integrados

116 Se ha precisado por más que reiterada jurisprudencia (y se recoge, ahora, en la STS3ª de 3 de mayo de 2012 – JUR2012/168912) que "…para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: … Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal – es indiferente la calificación– de los servicios públicos…".

117 R. DE ÁNGEL YAGÜEZ. *Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos, en Derecho Médico.* Tratado de Derecho Sanitario (COORDINADORES L. MARTÍNEZ CALCERRADA y R. DE LORENZO Y MONTERO), Tomo I. Editorial Colex y Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid 2001. Págs. 97 a 100.

profesionales diversos[118]. Es notorio que todos estos profesionales realizan de una manera eficiente su trabajo, pero lo hacen ajenos al contexto de las necesidades globales del paciente y, a la consecución de esta atención global de las necesidades de salud del paciente tampoco ayuda mucho la actual organización de los sistemas de protección social, que suelen diferenciar tajantemente entre las prestaciones sanitarias y las socio – sanitarias o asistenciales, de forma tal que, por ejemplo, se suele distinguir entre la realización del acto sanitario, que se encomienda a los Servicios de Salud (intervención quirúrgica, por ejemplo) y la prestación de servicios complementarios a dicho acto sanitario (la dispensación de prótesis, vehículos para inválidos, etc.) que suele ser competencia de los Servicios Sociales.

Por otra parte, la carrera impetuosa hacia la superioridad y eficacia de la técnica deja al paciente en una confusión desconcertante en sus relaciones con los médicos. Es frecuente, en este punto, que los profesionales de la medicina piensen que no es tarea suya, sino de otro profesional, el supervisar, coordinar e informar al paciente, conforme se inicia el tránsito del mismo por los distintos equipos de la asistencia sanitaria. La falta de coordinación, en este punto, implica que aumente la posibilidad de que al paciente no se le informe en profundidad sobre determinados aspectos de la prestación sanitaria, ni sobre qué rol juegan estas técnicas en la garantía de que los pacientes han recibido los máximos beneficios del sistema, hechos estos que, inevitablemente, inciden en la exigencia de responsabilidad y sobre el aseguramiento de la misma.

Los problemas derivados de la lucha contra el riesgo en los países individualistas, antes apuntados, también se aprecian en los países en que se organiza la asistencia sanitaria con carácter social.

En efecto, en éste último caso, cuando el Estado empieza a acoger, como ocurre en España, en su normativa constitucional y ordinaria, principios de prestación de asistencia sanitaria basados en la solidaridad, poniendo en funcionamiento su intervencionismo social, asume el cuidado de la salud como función propiamente estatal, mediante el establecimiento de los medios instrumentales que garanticen su protección.

118 A pesar de lo cual no se diluye la responsabilidad, en caso de surgir en un caso concreto, como recoge el Código de Deontología Médica en su artículo 40.2: "La responsabilidad deontológica del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo".

En un Sistema de protección social, como el de nuestro país, la protección de la salud, y más en concreto, la ordenación de los servicios sanitarios, quedan afectadas por los principios básicos de aquél. La universalidad subjetiva implica la extensión de los servicios sanitarios a toda la población del país[119]; la solidaridad financiera conlleva la financiación de los servicios íntegramente por el Estado, con cargo a la contribución general aportada por todos los miembros de la sociedad, vía impuestos.

La ordenación de los servicios sanitarios en un sistema como el expuesto supone la definitiva universalización de la Medicina; al quedar protegida toda la población del país dentro de la compleja organización sanitaria, pierde sentido, en un orden lógico, la subsistencia de la prestación individual de asistencia sanitaria. El personal médico, como consecuencia de lo anterior, ya no es configurado mediante fórmulas propias de relaciones contractuales jurídico - privadas, sino que adquiere una situación estatutaria o funcionarial y de ello deriva la desaparición irremediable de algunos de los principios de la medicina tradicional (especialmente el de la libertad de fijación de honorarios)[120].

No obstante esta diferente configuración de la prestación de la asistencia sanitaria con respecto a los Estados que constituyen sistemas de medicina individual, los problemas de lucha contra el riesgo apuntados con relación a estos últimos se trasplantan, en orden a la exigencia de responsabilidad, a los Estados dotados de sistemas de medicina socializada, con el simple argumento de que, los supuestos de exigencia de responsabilidad que no pueden dirigirse directamente contra el facultativo, o contra el centro donde prestan sus servicios, pueden canalizarse a través de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias para exigir, directamente de estas, la responsabilidad derivada de la defectuosa prestación del servicio público de salud.

No existe, pues, en las distintas formas de organización estatal de la prestación sanitaria, un solo método o sistema que permita evitar los riesgos inherentes a la prestación de la asistencia sanitaria, tanto para el paciente, como para el facultativo (refiriéndonos respecto a este último a los riesgos dimanantes de la exigencia de responsabilidad y del aseguramiento).

119 Principio proclamado desde la CE (art.43) y recogido en la legislación sucesiva hasta la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su DA sexta y objeto de restricciones en el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes de sostenibilidad del Sistema Sanitario.

120 La organización de los servicios sanitarios en el Sistema Nacional de Salud, además de lo previsto en la LGS, se ha llevado a cabo, recientemente, a través de las siguientes normas legales: LCC; LOPS y LEMPESS.

La responsabilidad de los médicos del Sistema Nacional de la Salud por riesgos inherentes a la prestación de asistencia sanitaria puede derivarse de la defectuosa prestación de las medidas protectoras de salud, esto es:

- De la defectuosa prestación de las medidas curativas, las cuales responden a la acción reparadora de la necesidad sanitaria una vez que esta se ha producido ya. Ello supone que la salud del individuo ha sido alterada y necesita de los medios suficientes para su restablecimiento. La responsabilidad por la falta o insuficiencia de medidas curativas se exige a través de procedimientos administrativos y judiciales.
- De la defectuosa prestación de las medidas preventivas de salud, las cuales responden a la acción preventiva de la necesidad sanitaria antes de que ésta se produzca, suponiendo la adopción de una actitud temporal previa a la alteración de la salud, dirigida precisamente a evitar que se produzca esa alteración. Los reconocimientos médicos de los trabajadores, la investigación de la etiología de las enfermedades y, sobre todo, la profilaxis contra los brotes epidémicos responden a la naturaleza de medidas protectoras[121].
- De la defectuosa prestación de las medidas rehabilitadoras que, por último, suponen que la alteración de la salud se produjo en su tiempo y fue reparada a través de medidas curativas eficaces, pero las secuelas posteriores a la alteración perduran en el tiempo. Con ellas se pretende borrar toda huella a fin de que no quede constancia de la alteración, no siendo más que fases o estadios tendentes a la rehabilitación de la minusvalidez producida por una alteración de la salud ya curada, a fin de reintegrar la aptitud física aminorada de un individuo.

4. Las responsabilidades y competencias de los médicos

Para deslindar las responsabilidades en que pueden incurrir los médicos, resulta conveniente llevar a cabo, previamente, una breve mención de las competencias de los profesionales sanitarios.

121 Sobre las medidas de prevención de riesgos laborales, Vid. A. MONTOYA MELGAR y J. A PIZÁ GRANADOS. *Curso de seguridad y salud en el trabajo*. Madrid. McGraw- Hill. 1996. Pág. 310.

a) Médicos y otros Profesionales Sanitarios[122]

a) El incumplimiento de la obligación de los médicos del Sistema Nacional de la Salud, presupuesto de su responsabilidad.

Ya se ha dicho que no existe en el Derecho español una regulación separada y específica de la responsabilidad profesional del médico del Sistema Nacional de Salud (y de todo médico), con relación a la responsabilidad profesional en general, no obstante lo cual se perciben particularidades en el ejercicio de su profesión por parte de los facultativos, que derivan en último término de la específica relación médico - paciente y cuya principal característica, como también se ha expuesto con anterioridad, viene a ser el incremento de las reclamaciones que se formulan contra los facultativos en los últimos años, unida a la tendencia jurisprudencial a facilitar la reclamación del perjudicado a través de diversas técnicas (responsabilidad objetiva y directa en el caso de que la responsabilidad patrimonial se ejercite ante los Órdenes Jurisdiccionales Contencioso Administrativo y Laboral, o presunción de

122 Conforme al artículo 6 de la LOPS:

"1.- Corresponde, en general, a los Licenciados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para el que les faculta su correspondiente título, la prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en el mismo.

2.- Sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario ni de las que puedan desarrollar otros profesionales, son funciones de cada una de las profesiones sanitarias de nivel de Licenciados las siguientes:

a. Médicos: corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención.
b. Farmacéuticos: corresponde a los Licenciados en Farmacia las actividades dirigidas a la producción, conservación y dispensación de los medicamentos, así como la colaboración en los procesos analíticos, farmacoterapéuticos y de vigilancia de la salud pública.
c. Dentistas: corresponde a los Licenciados en Odontología y a los Médicos Especialistas en Estomatología, sin perjuicio de las funciones de los Médicos Especialistas en Cirugía Oral y Maxilofacial, las funciones relativas a la promoción de la salud buco-dental y a la prevención, diagnóstico y tratamiento señalados en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, sobre odontólogos y otras profesiones relacionadas con la salud bucodental.
d. Veterinarios: corresponde a los Licenciados en Veterinaria el control de la higiene y de la tecnología en la producción y elaboración de alimentos de origen animal, así como la prevención y lucha contra las enfermedades animales, particularmente las zoonosis, y el desarrollo de las técnicas necesarias para evitar los riesgos que en el hombre pueden producir la vida animal y sus enfermedades.

3.- Son, también, profesionales sanitarios de nivel Licenciado quienes se encuentren en posesión de un título oficial de especialista en Ciencias de la Salud establecido, conforme a lo previsto en el artículo 19.1 de esta Ley, para psicólogos, químicos, biólogos, bioquímicos u otros licenciados universitarios no incluidos en el número anterior".

culpa, culpa probabilística, inversión de la carga de la prueba o aplicación de normas que establecen principios de responsabilidad objetiva – como la LGDCU – en el supuesto de que la acción tendente a la exigencia de la indemnización por daños y perjuicios se deduzca ante la Jurisdicción Civil) y, consecuentemente, a otorgar indemnizaciones en un mayor número de supuestos de hecho, así como en mayores cuantías.

En el concreto caso de la inversión de la carga de la prueba conviene traer aquí la interesante aportación del profesor Bello Janeiro[123] cuando afirma: *"…a diferencia de las reclamaciones en otros ámbitos últimamente, aquí, ante la responsabilidad médica, la inversión de la carga de la prueba es realmente excepcional exigiendo previamente el resultado desproporcionado… desplazándola sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba…"*

Si se tiene en cuenta que el contrato de seguro de responsabilidad civil aparece definido en el artículo 73 de la LCS, como aquél por el que el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho, surgirá la responsabilidad civil del médico cuando en el curso de la prestación de asistencia sanitaria haya incumplido sus obligaciones, ya sean estas dimanantes de la Ley o derivadas de un contrato con un paciente, así como consecuencia de los daños que se produzcan en el desempeño de un puesto de trabajo de carácter público o privado.

Aun cuando son muchas las obligaciones que incumben al facultativo, las mismas se pueden sintetizar ahora de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo[124], que describe los siguientes deberes que debe cumplir el médico:

- Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en el que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen entre otras las STS1ª de la propia Sala de 29 de enero de 2010, 7 de febrero y 26 de junio de 1989, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada "*lex artis ad hoc*", es decir, en consideración al caso

123 Domingo Bello Janeiro. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria.* Colección de Derecho de Daños. Editorial Reus 2013.

124 Es paradigmática, en este punto, la STS1ª de 25 de abril de 1994.

concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria –, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el Derecho anglosajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo.

- Informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse, y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado.

- Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que su abandono le puede comportar; y

- En los supuestos – no infrecuentes – de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o la repetición de la dolencia.

Conforme a la doctrina jurisprudencial citada las obligaciones que pesan sobre el facultativo en el curso de la prestación de la asistencia sanitaria se pueden resumir en las siguientes:

- La sujeción a la "*lex artis ad hoc*".

- La obligación de actualización de conocimientos y de medios.

- La obligación de continuidad de los cuidados.

- Y la obligación de información.

Desarrollando someramente cada una de las obligaciones citadas, importa señalar lo siguiente:

a´) Sujeción a la *"lex artis ad hoc"*

Por lo que se refiere a la sujeción del médico a la *"lex artis ad hoc"*, ha de tenerse en cuenta que las reglas del ejercicio de la profesión constituyen el criterio valorativo de la corrección del acto médico[125] en función de sus especiales características.

Tiene, por tanto, un indudable origen técnico y un valor normativo que deriva de que la corrección o incorrección del acto médico se mide a través de la adecuación al caso concreto de las reglas establecidas por la *lex artis*.

Como manifestación destacada de la lex artis deben considerarse los protocolos y las guías de práctica clínica. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que los protocolos nacen con el objetivo de asegurar unas determinadas garantías de eficacia en los servicios de atención al paciente, según los distintos niveles de asistencia, orientándose después, desde el punto de vista estrictamente profesional, a indicar los cuidados que, en un momento determinado, exige el estado de salud del paciente, pero con el importante matiz de que los protocolos y guías de actuación son el resultado de la experiencia y por tanto de actuaciones conocidas que no pueden aplicarse a incidencias imprevisibles o que simplemente se manifiestan por primera vez, de tal manera que indicarían las reglas técnicas que en general deben seguirse por el profesional que en ese momento y lugar actúa, pero teniendo en cuenta que se aplica a un caso concreto.

La formulación de la teoría de la *lex artis ad hoc* ha sido acogido por un cuerpo sólido de doctrina de la propia Sala, donde se acoge *"nominatim"*, el módulo de la actuación médico sanitaria inmerso en esa expresión *"lex artis ad hoc"*; entre otras puede citarse, por todas ellas, las STS1ª de fecha 29 de enero de 2010[126].

125 El Código de Deontología Médica de 2011considera como acto médico, en su artículo 7.1: "toda actividad lícita desarrollada por un profesional médico, legítimamente capacitado, sea en su aspecto asistencial, docente, investigador, pericial u otros, orientado a la curación de una enfermedad, al alivio de un padecimiento o a la promoción integral de la salud".

126 L MARTÍNEZ CALCERRADA. *La sanidad tecnificada y el Derecho. En Tratado de Derecho Sanitario.* Derecho Médico (Coordinadores. L. MARTÍNEZ CALCERRADA y DE LORENZO Y MONTERO, R.) Volumen 1. Editorial Colex y Asociación de Derecho Sanitario. Madrid 2001. Páginas 416 y ss.

b´) La obligación de actualización de conocimientos

En lo que respecta a la obligación de actualización de conocimientos, es necesario remitirse en esta materia al CDM[127].

A partir de esta normatividad ética, se pueden formular otros sistemas normativos; por ejemplo, la ética, la deontología o las normas jurídicas. De esta manera, las normas jurídicas se derivan de las normas éticas y, por tanto, se llaman normas éticas a las leyes más peculiares del ser humano, más exclusivamente suyas, porque su cumplimiento es libre. Y como corren a cargo de la libertad, no son mecanismos impuestos sino que la libertad puede decidir, o no, cumplirlas, sin perjuicio de la observancia de la citada *lex*. En cuanto que derivadas, las normas de conducta citadas no son tan inseparables de la libertad, por lo que la relación deontológica con la ética es evidente: la primera trata de los deberes a observar en una conducta humana; la segunda del cumplimiento o ajuste de esa conducta a un sistema de valores inherentes a la persona humana en su conformación "ad intra". Cuando ambas recaen en el *"agere"* profesional, la información de la segunda a la primera es inconcusa.

Por ello cabe afirmar que todas las conductas posibles en la actuación pública como en el plano personal – y personal es también la actuación profesional – tienen también para su autor una obligada referencia a su conciencia moral; tanto si aquél es quien participa en su creación (legislador o poder reglamentario) como el que la aplica o ejecuta (juez o gobernante), o las cumple (ciudadanos, en general, y médicos, en especial); y también en cuanto al sentido de la propia conducta: positivo, o cumplimiento, y negativo o elusión. El obrar jurídico, la actuación en el campo del Derecho es, asimismo, un obrar moral. Y la medida en el hombre del obrar moral la proporciona su propia conciencia.

Desde este punto de vista, la deontología profesional implica también llevar a cabo el ejercicio de la profesión de forma ajustada a los principios éticos, en cuanto que éstos últimos obligan en la íntima conciencia de quien está llamado a aplicar su profesión. O sea, la ética del médico, en relación directa con la ciencia/técnica que aplica, le obliga a la observancia de las prescripciones contenidas en su Código Deontológico, o lo que es lo mismo, a la guía de

127 Organización Médica Colegial Española, Código de Deontología Médica de julio de 2011, artículo 7.3: "La formación médica continuada es un deber ético, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional"

normas precisas para el profesional que persigue facilitar y orientar el buen cumplimiento de las normas éticas o morales que impone una determinada profesión.

Pues bien, el CDM, en su artículo 21.1, proclama el derecho de todos los pacientes a una atención médica de calidad humana y científica, imponiendo al médico la responsabilidad de prestarla cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional, comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance[128].

Aunque la posesión de un título académico para poder ejercer la medicina presupone la existencia de un nivel de conocimientos[129], el énfasis en la competencia del facultativo debe ponerse en la actualización de los conocimientos, aunque desde luego no sea exigible un determinado nivel de actualización, ni el mismo nivel, por ejemplo en un médico general (después del 1 de enero de 1995, Especialistas en Medicina Familiar y Comunitaria) o en otro Especialista[130].

La falta de conocimientos, sin embargo, no puede medirse, como se ha adelantado, con criterios generales, sino atendiendo al caso concreto. En este sentido, el CP de 1973 castigaba especialmente la impericia como faz negativa de la presunción de competencia otorgada por el Título de Especialista, y el Tribunal Supremo, en STS1ª de 23 de julio de 1987 y 18 de enero de 1988, definió la impericia como la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión que puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente, lo que daba lugar a la agravación de la responsabilidad.

128 Añade, el artículo 8 del citado Código, que el ejercicio de la medicina "supone una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente. Ello presupone el respeto del derecho de éste a elegir o cambiar de médico o de centro sanitario. Individualmente los médicos han de facilitar el ejercicio de este derecho e institucionalmente procurarán armonizarlo con las previsiones y necesidades derivadas de la ordenación sanitaria".

129 Genera, como declara la STS1ª de 23 de junio de 1980, una presunción de competencia.

130 Téngase en cuenta que el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regulaba la formación médica especializada y la obtención del título de médico especialista ha sido derogado por el, actualmente vigente, Real Decreto 183/2008, de 11 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada.

De acuerdo con dicha doctrina jurisprudencial, el CDM dispone[131] que el médico debe abstenerse de llevar a cabo actuaciones que sobrepasen su capacidad, proponiendo, en tal caso, que se recurra a otro compañero competente en la materia.

c´) Obligación de medios técnicos

Distinta de la obligación de actualización de conocimientos es la obligación de medios técnicos que comprende:

La obligación de cada médico de tener el material adecuado para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento, naturalmente que atendiendo a la modalidad de ejercicio profesional. Debe destacarse en este punto que, al igual que ocurría con la obligación de actualización de conocimientos, de la obligación de medios técnicos puede derivarse el deber del facultativo de remitir o recomendar al paciente su ingreso en un centro sanitario, o en la institución que cuente con los medios técnicos apropiados para el diagnóstico o tratamiento de la dolencia que padece el paciente.

- La obligación de mantener en correcto estado los medios técnicos de que disponga, y de controlar su funcionamiento.
- La de utilizar correctamente los medios técnicos de lo que disponga.

La responsabilidad del médico como consecuencia del mal estado del material o del instrumental es una responsabilidad estrictamente médico - profesional, precisando disponer en su ejercicio profesional de las condiciones técnicas que le permitan actuar con independencia y garantía de calidad, debiendo advertir al paciente en caso de que no se cumplan esas condiciones – tal como tiene declarado el Tribunal Supremo, habida cuenta que la STS1ª dictada por dicho Alto Tribunal en fecha de 5 de mayo de 1988, se declara la obligación general de medios, cuyo incumplimiento considera constitutivo de responsabilidad civil derivada de contrato, y no extracontractual, condenando al INSALUD, como titular del servicio sanitario, a la indemnización de los daños y perjuicios causados por consentir la utilización de aparatos sanitarios deteriorados por el uso y sin las suficientes garantías de buen funcionamiento, lo que constituye un defectuoso incumplimiento del contrato de asistencia médica[132].

131 En su artículo 22.1.

132 La sentencia citada hace responsable al titular del servicio sanitario de las deficientes condiciones del material, aunque sea de forma indirecta, por defecto de vigilancia en la actuación de los empleados

d´) Obligación de continuidad en el tratamiento

Del contrato de asistencia médica deriva también, como contenido esencial, la obligación de continuidad en el tratamiento, respecto de la cual se plantea la cuestión de la obligatoriedad por parte del médico de atender al paciente cuando no exista propiamente, o no exista, todavía, contrato de servicios médicos, cuestión que debe merecer una solución distinta según se trate, o no, de situaciones de urgencia.

En el caso de que el facultativo se halle ante una situación de urgencia, la infracción de la obligación de continuidad en el tratamiento podría incluso ser tipificada como constitutiva de la infracción penal de la omisión del deber de socorro, cuya conducta se halla prevista en el artículo 196 del vigente CP, el cual castiga al profesional que, estando obligado a ello, denegare la asistencia o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive peligro grave para la salud de las personas[133].

Debe ponerse de manifiesto, en este punto, que, durante la vigencia del CP de 1973, la STS2ª DE 19 de diciembre de 1981 castigó, por la comisión de un delito de omisión del deber de socorro, a un médico ginecólogo que se encontraba de guardia y que se negó a prestar la asistencia sanitaria requerida por una parturienta que se encontraba en trance de alumbramiento anormal, que conocía por habérsele manifestado, considerando que si bien estaba obligado a no abandonar bajo ningún concepto ni pretexto el servicio de guardia para atender enfermos de emergencia fuera del local en el que cumplía su cometido, ello no era óbice para que hubiese ordenado inmediatamente el traslado de la enferma al centro en que se encontraba, ni mucho menos para que hubiese demandado sin pérdida de tiempo el auxilio de otros organismos médicos que, a no dudar, hubiesen prestado el socorro que a él se le coartaba reglamentariamente.

En relación con esta obligación médica, que se viene apuntando, el CDM prescribe[134] que todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo accidentado, añadiendo en su párrafo siguiente, que, en situaciones

y dependientes, lo que es predicable tanto de la obligación de puesta a disposición de medios, como de la obligación de conocimientos técnicos.

133 El aspecto disciplinario del abandono se recoge, también, en el Código Deontológico Médico de 2011, en su artículo 6.

134 En su artículo 6.

de catástrofe, epidemia o riesgo de muerte, el médico no puede abandonar a los enfermos, salvo que fuere obligado a hacerlo por la autoridad competente, y que está deontológicamente obligado a presentarse voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio.

Siguiendo con el análisis de la urgencia, que se está examinando, el médico estaría obligado a continuar el tratamiento hasta que cese la urgencia, debiendo, en este momento, solicitar el consentimiento del paciente para continuar su intervención, que ya será voluntaria.

Fuera de los casos de urgencia, y habiéndose perfeccionado el contrato de servicios médicos entre el paciente y el médico (en el caso de la Sanidad Privada), o existiendo ya la relación pública de Seguridad Social entre ambos, el médico queda obligado a continuar el tratamiento hasta el momento del alta, obligación ésta que también recuerda el artículo 9 del CDM, el cual establece que cuando el médico acepte (o venga obligado por la relación jurídica pública existente) a atender a un paciente, se compromete a asegurarle la continuidad de sus servicios, que podrá suspender si llegara al conocimiento de no existir hacia él la suficiente confianza, advirtiendo entonces de ello al enfermo o a sus familiares y facilitando que otro médico, al que debe transmitir la información oportuna, se haga cargo del paciente.

En definitiva, la obligación de continuidad en el tratamiento integra el deber de asegurar, mediante las disposiciones oportunas, las medidas que, en caso de ausencia o imposibilidad de prestar asistencia, garanticen el derecho del paciente a recibir la asistencia sanitaria precisa para restablecer su salud, estableciendo, por ejemplo, acuerdos de suplencia.

e´) Obligación de información

Por último, en lo atinente a la obligación de información, es de indicar que los artículos 4 a 6, ambos inclusive, de la LAP, se refieren a ella en dos momentos: como requisito previo para la obtención del consentimiento por parte del paciente, y por tanto como elemento indispensable para que el tratamiento médico pueda iniciarse[135] y como información terapéutica, la cual debe recibir el paciente a lo largo de todo el tratamiento, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

135 Es capital la afirmación que recoge el Código Deontológico Médico de 2011: "La información al paciente no es un acto burocrático, sino un acto clínico. Debe ser asumida directamente por el médico responsable del proceso asistencial, tras alcanzar el juicio clínico preciso" (Artículo 16).

Precisamente las dificultades que presenta en ocasiones la calificación de una determinada secuela como daño antijurídico (o daño que el paciente no tiene el deber jurídico de soportar), está dando lugar a que, progresivamente, vaya adquiriendo mayor peso en las reclamaciones sobre responsabilidad médica la alegación de haberse omitido el deber de informar. Aunque sea brevemente, resulta imprescindible señalar en este momento algunas pautas en relación con el derecho del paciente a ser informado[136].

La razón de tal derecho se encuentra en la finalidad de permitir al paciente (y, en su caso, a sus familiares o allegados) adoptar de manera consciente la decisión de someterse, o no, al diagnóstico, la terapia o la intervención. No hay consentimiento libre por parte del paciente si no existe una previa información[137].

Por tanto, la eventual responsabilidad en este tipo de reclamaciones no hay que buscarla simplemente en el hecho de no haber recibido información del facultativo (o no haberlo hecho adecuadamente), sino, en su caso, en que tal falta de información ha impedido finalmente que el paciente se sometiera de forma voluntaria a los cuidados médicos, asumiendo los riesgos inherentes a los mismos.

Es correlativo al derecho de información del paciente el deber del personal médico de proporcionar dicha información, debiendo ser interpretado este derecho - deber a la información conforme a las siguientes pautas:

- El derecho a ser informado no puede traducirse en dar un curso acelerado de Medicina al paciente, lo que, además de inútil, sería inviable en la práctica. Se trata, en realidad, de señalar al paciente, en términos por él comprensibles, su situación clínica y la terapia a seguir.
- La información suministrada no debe abarcar de manera exhaustiva a todos y cada uno de los aspectos que, incluso en hipótesis extremas, podrían derivarse de la atención sanitaria que se pretende dispensar al paciente. La razón de esta afirmación

136 Por su rotundidad y claridad la conclusión del Auto de 4 de mayo de 2012 (AC 2012/386) del juzgado de 1ª Instancia número 8 de Gijón: "…Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la debida información…."

137 C. M. ROMEO CASABONA. *El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos*, en Problemas prácticos del consentimiento informado. Fundación Víctor Grifols i Lucas. Barcelona 2002. Págs. 25 y ss.

> se comprende fácilmente: además de que, de hecho, y teniendo en cuenta que la Medicina no es una Ciencia Exacta, tal exhaustividad nunca llegaría a alcanzarse, lo cierto es que, si se exigiera en tales términos, las explicaciones que deberían suministrar los médicos (y su correspondiente plasmación en el documento del consentimiento informado) excederían de lo razonablemente admisible y comportaría un evidente perjuicio en la prestación sanitaria misma, puesto que, entre otros aspectos, conllevaría un notable retraso por el tiempo que habría que dedicar a dicho cometido.

En realidad, el referido deber de información sólo debería abarcar las circunstancias (objetivos, finalidades, secuelas eventuales o complicaciones) que, razonablemente, rodeen el diagnóstico o la intervención. No obstante, hay que añadir, además, que la circunstancia de que el efecto finalmente derivado de la atención sanitaria sea distinto de los que se incluyeron en la información facilitada (los que razonablemente se entendía podían derivarse de tal tipo de atención) no comporta necesariamente el reconocimiento del derecho a una indemnización.

En efecto, es posible que, finalmente, el efecto derivado de la diagnosis, tratamiento o intervenciones médicas constituya una secuela que sólo se da en hipótesis extremas (no incluido en los riesgos típicos del acto médico) lo que podrá dar lugar, a pesar de que no se incluyó tal riesgo en la información facilitada, al rechazo de la reclamación de daños y perjuicios.

Por lo demás, tampoco la omisión misma del derecho a la información comporta siempre, y en cualquier caso, el reconocimiento de una indemnización al paciente afectado, sino que habrá que analizar si concurren todos los requisitos exigidos al efecto (imputación del daño, relación de causalidad, etc.).

Es incluso posible, aunque constituye una hipótesis que no suele darse en la práctica, que efectivamente haya mediado dicha omisión del deber de información, pero que la intervención quirúrgica haya resultado un éxito, habiéndose solventado de esta manera las dolencias del paciente. Es obvio que, en este caso, y dejando al lado otras cuestiones, habría que rechazar la reclamación, aunque fuera simplemente por la inexistencia de un verdadero daño efectivo a resarcir.

Del mismo modo, el derecho del paciente a ser informado (y el correlativo deber de los médicos de informar) abarca cualquier tipo de atención sanitaria, y no solamente las intervenciones quirúrgicas, sino también los métodos diagnósticos y terapéuticos que impliquen ciertos riesgos típicos, aunque sea en las intervenciones quirúrgicas donde el derecho - deber a la información se exige con especial rigor[138].

Así planteada la cuestión, cabría preguntarse si, por ejemplo, en la atención ambulatoria sería también exigible el deber de información, y con la amplitud que el legislador exige en la LAP – en relación con la responsabilidad de los médicos del Sistema Nacional de Salud y de su aseguramiento – puesto que, de exigirse en tales casos la aplicación estricta de dicho precepto legal, podría fácilmente llegarse a situaciones insostenibles para los facultativos y para el paciente, ya que su rígido cumplimiento comportaría un notable retraso en la atención sanitaria del que se derivaría el correspondiente perjuicio para las dos partes de la relación sanitaria.

A pesar de lo expuesto, y de las dificultades prácticas que la aplicación del precepto legal plantea, lo cierto es que el paciente mantiene en tales casos el derecho a conocer su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. Dos aclaraciones, no obstante, deben realizarse al respecto:

- En primer lugar, que el artículo 4 de la LAP, establece que la información, que como regla general se proporcionará verbalmente[139] dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.
- En segundo término, la información sobre el tratamiento dispensado (y los eventuales efectos secundarios de los fármacos prescritos al paciente, especialmente en la

138 Téngase en cuenta que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2.5 de la LAP, relativo a los principios generales de la Ley, "los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.

139 De hecho se le reconoce a esta forma el auténtico valor y vehículo del consentimiento. En este sentido la Sentencia 832/2009, de 23 de diciembre (AC 2010/708) de la Audiencia Provincial de Barcelona: "La doctrina del Tribunal Supremo ha declarado con reiteración que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, mero valor ad probationem, garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva…"

> asistencia ambulatoria), puede entenderse cumplida con el propio prospecto y la ficha técnica del medicamento, siempre que los mismos permitan, razonablemente, conocer a una persona, no especialista en la materia, el alcance y efectos del medicamento prescrito.

Por otra parte, según se señala en el tan señalado artículo 5 de la LAP, el titular del derecho a la información es el paciente, aunque también serán informadas las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. Esto no significa que las dolencias del paciente (con el consiguiente diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento) deban ser objeto de una general publicidad en el entorno familiar del enfermo, sino que el mencionado precepto legal debe entenderse cumplido cuando es el paciente directamente el sujeto que es informado, siempre, obviamente, que goce de la capacidad legal y conocimiento suficiente para comprender la información que se le facilita y, en definitiva, para consentir el tratamiento que pretende dispensársele.

Puede suscitarse la duda de si, atendidas las circunstancias del caso concreto, es posible que, desde un punto de vista terapéutico, sea aconsejable que la información no sea conocida directamente por el paciente, facilitándose en tal caso a los familiares dicha información.

En tal sentido, el artículo 5. 4 de la LAP, establece que el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entendiéndose por tal la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente cuando, por razones objetivas, el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. En base a lo anterior, y llegado este caso, el médico debe dejar constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicar su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. Bajo diversos formatos ha venido siendo una práctica histórica el hecho de fijar anotación de la actividad realizada sobre el paciente. Galán Cáceres[140] afirma: *"… desde un primer instante y con independencia del carácter facultativo o no de la persona que asumía la atención del enfermo, se procuraban recopilar los datos iniciales para prestar mejor la atención solicitada…el devenir de la historia clínica ha ido de la mano de la propia historia de la medicina…"*

140 J.C. GALÁN CÁCERES. *Medicina y Responsabilidad Legal. Medicina y Derecho. Dos mundos en convergencia.* Autoedición. Badajoz 2014. Página 25.

En cualquier caso, el deber de información del facultativo cede cuando no sea posible llevarlo a efecto, por concurrir alguna de las circunstancias previstas en la LAP, [141] como acontece con la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, o cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización o la de sus familiares o personas vinculadas de hecho al mismo.

Al lado de la regulación legal de la información contenida en la LAP, la absoluta necesidad del consentimiento informado se estableció rotundamente con anterioridad a la promulgación de esta, como derivada de la dignidad de la persona, en el Convenio de Oviedo[142], que establece al respecto lo siguiente:

"Una intervención en el ámbito de la Sanidad sólo puede efectuarse después que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento".

Dejando a un lado las regulaciones concretas de la información en supuestos especiales (extracción y trasplante de órganos, reproducción asistida humana, utilización de embriones y fetos humanos, ensayos clínicos)[143] el creciente interés, y el aumento de las responsabilidades exigidas a los médicos del Sistema Nacional de Salud como consecuencia de la operatividad del consentimiento informado, determinó al Ministerio de Sanidad y Política Social a crear un grupo de trabajo con el objetivo de fijar criterios que permitiesen clarificar la situación jurídica y los derechos y obligaciones de los facultativos, los pacientes y los centros en este ámbito.

141 Artículo 9. 2 de la misma.

142 Convenio Relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina, conocido como Convenio de Oviedo, por haberse suscrito en esta ciudad el 4 de abril de 1977, y en vigor para España desde el 1 de enero de 2000, en virtud del instrumento de ratificación del citado Convenio, publicado en el Boletín Oficial del Estado nº 251, correspondiente al miércoles 20 de octubre de 1999. Rectificaciones BOE 11. 11. 1999. Número 270.

143 Respecto a este tipo de información previa al consentimiento, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en su redacción dada tras la promulgación de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, establece que la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción asistida, se rige por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

En su Documento Final, el grupo de expertos que elaboró el mismo concluyó en la necesidad de una norma que estableciese pautas claras de unificación de los elementos, cantidades y formas de la información y, en lo que aquí importa para apreciar las motivaciones de la exigencia de responsabilidad a los facultativos como consecuencia de la obligación de información, así como de la necesidad del aseguramiento de dicha responsabilidad, debe destacarse en forma resumida lo siguiente:

- De qué se debe informar [144]

Según el Informe Final del Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica[145], un documento escrito de consentimiento informado debe respetar, al menos, los siguientes criterios de información:

i. Naturaleza de la intervención: en qué consiste, qué se le va a hacer.
ii. Objetivos de la intervención: para qué se hace.
iii. Beneficios de la intervención: qué mejora espera obtenerse.
iv. Riesgos, molestias y efectos secundarios posibles, incluidos los derivados de no llevar a cabo la intervención.
v. Alternativas posibles a la intervención propuesta.
vi. Explicación breve del motivo que lleva al facultativo a elegir una y no otras.
vii. Posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre cuando el paciente lo desee.

- Cuánta información hay que dar

Más específicamente, en relación a la información sobre riesgos en los documentos escritos de consentimiento informado, debe ser la siguiente:

144 De un modo más restrictivo, como es lógico, el artículo 10 de la LAP, declara que el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente: a) las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) los riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) las contraindicaciones. Señala también la Ley al respecto que el médico responsable del paciente deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente.

145 Cuyo texto completo puede consultarse en la página web: www.aeds.org/documentos/expertos.htm, de la AEDS.

i. Consecuencias seguras de la intervención.

ii. Riesgos típicos de la intervención: aquellos cuya producción deba normalmente esperarse, según el estado y conocimiento actual de la ciencia[146].

iii. Riesgos personalizados[147]: aquellos que se derivan de las condiciones peculiares de la patología o estado físico del sujeto, así como de las circunstancias personales o profesionales relevantes.

iv. Contraindicaciones.

v. Disponibilidad explícita a ampliar toda la información si el sujeto lo desea.

- Cuándo debe utilizarse la información escrita[148]

Es conveniente especificar algunos criterios que indiquen cuándo una intervención es susceptible de tener documento escrito de consentimiento informado. Dichos criterios pueden ser los tres siguientes, vinculados todos ellos a las peculiaridades del procedimiento diagnóstico o terapéutico en cuestión:

i. Aquellos procedimientos que sean invasores requieren el uso de documentos de consentimiento informado. El problema, en este punto, estriba en conceptuar qué se entiende por "procedimiento invasor".

146 El daño que pueda producirse no puede ser advertido si no es un riesgo típico (es decir esperable) y aún producido no genera responsabilidad. Así lo declara la Audiencia Provincial de la Coruña en su sentencia de 4 de febrero de 2014 al tratar el contagio del virus de Hepatitis B en un paciente de odontología: "…*debemos concluir que en este caso no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos atípicos, por imprevisibles o infrecuentes, que no suelen producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que sean excepcionales… Por ello, con independencia de que no se ha probado que el daño producido a la actora, consistente en el contagio del virus de la hepatitis B, sea causalmente imputable a la actuación de los demandados sobre los que recae el deber de informar, y como bien señala el dictamen pericial, el contagio de esta enfermedad no forma parte de los riesgos o consecuencias sobre los que debe ser informado el paciente a los efectos de prestar su consentimiento para ser sometido a un tratamiento de implantes dentales.*

147 La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 7 de febrero de 2014, condena por no haber abordado debidamente la información personalizada a un paciente dañado: "…*El tercer motivo alude a un defecto en el consentimiento informado, imputándose al documento que al efecto firmó el paciente ser incompleto y confuso, además de estar redactado de forma genérica y no especificar los riesgos que implicaba la situación particular en que se hallaba el paciente. Esto es, que era un paciente de riesgo debido al gran tamaño de la hernia discal y a que era la segunda vez que se le intervenía quirúrgicamente de una hernia.*

148 El artículo 10.2 LAP, declara que el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

ii. Aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que supongan riesgos e inconvenientes, notorios y previsibles, no inherentes a la actuación clínica *(per se),* que repercutan de manera importante en las actividades de la vida cotidiana.

iii. Cuanto más dudosa sea la efectividad de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, más necesario es desarrollar cuidadosos procesos de información y consentimiento y, por tanto, más necesario el uso del soporte escrito.

- Destinatarios de la información[149]

En principio, el destinatario de la información es el propio paciente o usuario, o la persona legitimada para recibirla. También se hallan legitimados para recibir dicha información las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, y ello en la medida en que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

En el caso de menores o incapaces se debería recurrir a la figura del representante o pariente más próximo y, cuando así lo exijan las leyes para determinados supuestos especiales, se debe informar, si es preciso, al propio Juez o al Ministerio Fiscal (por ejemplo, en los supuestos de internamiento psiquiátrico involuntario y en la esterilización de menores incapaces). El internamiento constituye con frecuencia una medida protectora para enfermos mentales y así, Santiago Delgado Bueno[150] recoge una curiosa referencia sobre cuál fue el primer hospital psiquiátrico de Europa (y del mundo), fundado por el fraile mercedario Gilaberto Jofré para cobijar a los "locos" de los insultos y apedreamientos callejeros a los que cotidianamente eran sometidos.

El artículo 6.2 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina exige ponderar el grado de madurez del destinatario, especialmente cuando se trata de un menor, sin perjuicio de lo dispuesto al efecto en el artículo 162.1 del CC.

En el caso de que el médico dudara de la capacidad de hecho del paciente para tomar decisiones, aun cuando éste siendo mayor de edad y legalmente capaz haya dado su consentimiento a la

149 Artículo 5. 1 de la LAP.

150 S. DELGADO BUENO *Internamiento Involuntario y Tratamiento Ambulatorio Involuntario. Una revisión actual en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 715.

intervención, parece recomendable recabar de los familiares que asuman, o no, la decisión del paciente y, en caso de discordancia, someter al órgano judicial competente la resolución del asunto.

No puede omitirse una referencia, siquiera breve, para terminar este apartado, a la regulación actual del consentimiento por representación. Se contiene en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, con las modificaciones legislativas de las que vamos a dar debida cuenta.

En su redacción original, en el artículo 9.3, se recogía que:

Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a. *Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.*
b. *Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.*
c. *Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.*

Es decir, la Ley viene exigiendo la representación para decidir en los casos de incapacidad natural (causa clínica), incapacitación judicial[151] o minoría de edad.

En el apartado que estamos mencionando, al final del mismo, se recogía, en esta redacción inicial de la Ley 41/2002, que:

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

151 Capacidad modificada judicialmente, se dice en la actual redacción de la Ley 41/2002.

Es decir que un menor de edad, pero mayor de 16 años, tenía, en la redacción original de la Ley, la capacidad de decidir en esas situaciones de grave riesgo, una vez cumplida la obligación de informar a los padres y ser tenida en cuenta su opinión al respecto.

La redacción actual de ese precepto, tras la reforma operada por la Disposición Final 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, contiene sustanciales modificaciones.

En el caso recién mencionado de decisión de un menor, mayor, no obstante, de 16 años en situación de grave riesgo, ya no decide él mismo (con la información a los padres) sino que son éstos los que deciden:

…cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo.

Hay una inversión de posiciones, como puede verse. Antes decidía el menor, tras la información a sus padres, en estos casos. Ahora deciden éstos, informando y escuchando al menor. Medida de clara finalidad protectora del menor. Seguridad a costa de autonomía.

En este mismo sentido se introduce, ahora, la necesidad de consentimiento de los padres para el aborto, introducida por la Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre y modificando lo preceptuado en la Ley 2/2010 de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción del Embarazo.

Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales.

Terminamos el análisis del consentimiento por representación, a la luz de la reforma operada por la citada Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con una mención de máximo interés introducida por esta norma.

El apartado 5 del artículo 9 de la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, en su redacción original, recogía que:

La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario.

A esta mención, la reforma operada por la Ley 26/2015 añade unas precisiones del máximo interés:

…la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial…

La decisión sigue orientada, siempre, por el interés y beneficio del paciente, pero introduce la necesidad de poner en conocimiento de la autoridad judicial aquella decisión, emitida por representación, que sea contraria al mencionado beneficio del paciente. La decisión, pues, admitida legalmente, no puede, sin embargo, ser caprichosa, sino que habrá de estar orientada por el interés (clínico) del paciente representado.

Reformas, todas las brevemente mencionadas, que no pueden pasar desapercibidas y precisan ser aquí expuestas por su hondo calado y grave repercusión en la protección de colectivos sensibles.

- Excepciones o límites a la información

Hay que reconocer determinados límites al deber de información que pueden sistematizarse de la siguiente manera:

i) Situaciones de urgencia

A tenor de lo expuesto en el artículo 9. 2.b) de la LAP, en relación con el artículo 8 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, debe entenderse que el deber de informar, así como la exigencia del consentimiento, ceden sólo en aquéllas situaciones en que "existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización", es decir, cuando el paciente no está en condiciones de recibir la información y/o de prestar su consentimiento ni es posible acudir a sus familiares. Esto rige estrictamente por el período de tiempo en que concurra tal situación, de modo que, tan pronto como se haya superado, debe informarse inmediatamente al paciente[152].

152 Así lo indica claramente el propio artículo 9.2.b) de la LAP, según el cual se debe consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho al mismo.

ii) Pronóstico fatal

El pronóstico fatal, lejos de excluir el deber de informar, constituye una manifestación importante de este deber y, en principio, es un derecho que corresponde a todo enfermo que quiera conocer su estado de salud. Otra cosa distinta es que este supuesto concurra con una renuncia del destinatario, expresa o tácita.

iii) Información claramente perjudicial para la salud del paciente[153]

En este supuesto es ineludible la valoración de los valores en conflicto, para lo cual parece recomendable acudir al asesoramiento del Comité Asistencial de Ética. Este requerimiento resultaría especialmente conveniente cuando la situación descrita concurre con el deseo expresado por el paciente de conocer su verdadero estado de salud, debiendo hablarse aquí de necesidad terapéutica.

iv) Renuncia del destinatario

La renuncia a ser informado, expresa o tácitamente, mediante hechos concluyentes, es admitida como un supuesto de excepción o límite efectivo al deber de información y, en tal sentido, el artículo 10.2 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina consagra tal excepción o límite al decir que "deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada", resultando conveniente que este extremo quede debidamente documentado.[154]

- Responsabilidad de informar

La responsabilidad de informar incumbe al médico responsable del paciente, sin perjuicio de la que corresponde al médico que practica la intervención diagnóstica o terapéutica, al realizar las especificaciones adecuadas sobre la técnica concreta.

153 Artículo 5.4 de la LAP, sobre estado de necesidad terapéutica.

154 En concordancia con el Convenio de Oviedo, así se dispone en el artículo 5. 1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: "… además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada…"

Así se deduce, sin ningún género de dudas, del artículo 3 de la LAP, [155] según el cual el médico responsable es el profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales.

Otros profesionales sanitarios, tales como los profesionales de enfermería, también pueden participar en el proceso de información clínica del paciente, aunque dentro del ámbito de su función propia en el proceso de prestación de la asistencia sanitaria.

Con relación a los proyectos docentes, donde participan alumnos de Medicina o Enfermería, en el curso de la prestación de la asistencia sanitaria al paciente, debe especificarse que los hospitales docentes tienen la obligación de informar a los enfermos que acceden a sus servicios de que en su proceso de dispensación de la asistencia sanitaria pueden participar activamente alumnos de Medicina o Enfermería, en formación.

Los Médicos Internos y Residentes deberían participar en el proceso de información al paciente, de acuerdo al nivel de formación marcado en el programa correspondiente, y con el grado de tutela que en él figura.

La infracción de cualquiera de las obligaciones que han sido expuestas anteriormente, y que incumben a los médicos del Sistema Nacional de la Salud puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad si se demuestra la relación de causalidad entre ese incumplimiento y el daño sufrido por el paciente a consecuencia de ello[156].

155 Regulador de las definiciones legales.

156 Por su claridad, su carácter compendiador y el repertorio jurisprudencial relevante que recoge, es preciso dejar constancia de la STS1ª 964/2011 (RJ 2012/166) de 27 de diciembre que recoge: "El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo (RJ 2003, 3916) ; 23 de julio de 2003 (RJ 2003, 5462) ; 21 de diciembre 2005 (RJ 2005, 10149); 20 de enero y 13 de mayo 2011 (RJ 2011, 3279)), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro

En la práctica se han explorado distintas posibilidades a la hora de fijar los criterios adoptados por la jurisprudencia para valorar el efecto de la indebida o insuficiente información y de la incorrecta prestación del consentimiento del paciente en una reclamación derivada de la asistencia sanitaria[157].

Estas diversas opciones se encuentran en clara relación con la producción del resultado, es decir, con la existencia de la lesión o daño como elemento constitutivo tanto de la responsabilidad extracontractual como con la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por un lado, cabe hablar de aquellas sentencias que contemplan supuestos que anudan a la falta o deficiente información la infracción de la *lex artis*; se trata de supuestos clásicos de declaración de responsabilidad basada en la violación de tal criterio de normalidad y, en su caso, el argumento de la omisión del derecho a la información se toma como un argumento "a mayor abundamiento". Hay multitud de sentencias en las que, si bien se produce un incumplimiento de la exigencia de información, en realidad se produce también una asistencia contraria a la *lex artis* por lo que la indemnización se articula siempre por esta segunda vía, dejando al margen la valoración de las exigencias de información.

También existen sentencias que anudan a la falta de información el resultado que se produce sobre la salud del paciente y hacen al médico "no informante" responsable pero que plantean problemas en cuanto a la determinación de la relación de causalidad, como veremos luego.

En tercer lugar, hay que referirse también a aquéllas otras sentencias que entienden que si no se produce un resultado sobre la salud del paciente, no es valorable ni irrelevante la omisión o defectuosa prestación del consentimiento.

distinto. La información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre 2009); 27 de septiembre de 2010; 1 de junio 2011 (RJ 2011, 4260)".

157 Un estudio exhaustivo de la materia se lleva a cabo por parte de J. GUERRERO ZAPLANA. *En el Consentimiento Informado. Su valoración en la Jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y leyes autonómicas.* Editorial Lex Nova. Valladolid, 2004.

En cuarto y último lugar, nos referiremos a la jurisprudencia que entiende que la omisión o la defectuosa prestación del consentimiento es un daño autónomo indemnizable por sí mismo, y ello aunque la actuación profesional haya sido médicamente correcta[158].

Quiero, para concluir este apartado, mencionar que la información a facilitar al paciente se contiene en el documento de consentimiento informado, precisamente, como es obvio, pero que ese contenido informativo no le es permitido al paciente matizarlo o adecuarlo, en ese documento, con cláusulas personales. Así se declara en una sentencia[159] en la que se declara la imposibilidad de que el paciente incluya, en el citado documento, una cláusula de conciencia acerca de la objeción personal a las transfusiones de sangre o hemoderivados que pudiera precisar, motivada por sus creencias personales y ello sin perjuicio de recoger dichas manifestaciones en la historia clínica y darles la repercusión que legalmente procede atribuirles. Declara la sentencia ahora comentada que: "…*el documento que plasma el consentimiento informado, sea por la categoría jurídica en que el mismo consiste o sea porque su configuración y contenido son típicos (ajustados a las prescripciones legales) no se confecciona a criterio o a arbitrio del paciente sino siguiendo los mandatos establecidos en la ley; ninguno de estos contemplan la inclusión de una cláusula de conciencia y ello es lógico porque la misma corresponde a la categoría instrucciones previas y porque el consentimiento informado " puede ser revocado en cualquier momento sin expresión de la causa de revocación… ante una subsiguiente alternativa terapéutica contraria a su credo religioso, el paciente podrá desligarse del consentimiento que prestó con anterioridad"*

Indemnización conjunta de la falta de información y de la violación de la *"lex artis"*

Diversas sentencias declaran probado que la asistencia sanitaria se ha producido con normalidad, y de forma ajustada a la *lex artis ad hoc* y, a pesar de constatar que la información facilitada no ha sido suficiente, o no ha sido la correcta, sin embargo, no realizan una

158 Como es natural, nos referimos fundamentalmente a supuestos en los que la asistencia médica valorada desde el punto de vista técnico científico y de la corrección que representa la *lex artis*, ha sido la adecuada y la esperada y que, por lo tanto, el único reproche que se formula a la asistencia ha sido el que procede de las deficiencias de la información y consentimiento. Si a la asistencia se le pudiera realizar reproche alguno en relación con la *lex artis*, la estimación de la reclamación podría venir por esa vía y podría obtenerse la estimación de la reclamación sin necesidad de tomar en consideración la cuestión de la información y del consentimiento.

159 TSJ Castilla y León, Contencioso Administrativo, de 26 de junio de 2014.

valoración diferenciada de dicha circunstancia, y se limitan a valorar el resultado dañoso que se ha podido producir sobre la situación física del paciente y sobre su estado de salud[160].

La Sentencia dictada por la SCAAN el 24 de febrero de 2004 reconoce la insuficiencia y deficiente prestación del consentimiento informado pero, a pesar de ello, no fija ninguna indemnización específica relativa a esta violación de los derechos de los ciudadanos, sino que se limita a deferir la indemnización a la valoración de los daños derivados de la infracción del criterio de la *lex artis*[161].

También el TS ha utilizado criterios como los que acabamos de señalar en los párrafos precedentes. Cabe citar en este sentido diversas sentencias. Así puede citarse la STS1ª de 2 de julio de 2002 que reconoce que la información recibida por un paciente en una intervención de vasectomía fue insuficiente por inoportuna y no razonable y se fija una indemnización de siete millones de pesetas, en la que se incluyen todos los conceptos posibles: incapacidad temporal, molestias, dolores y secuelas, pero no se realiza una valoración individualizada de la infracción de las exigencias de información.

En el mismo sentido cabe citar también la STS1ª de fecha de 22 de junio de 2004, que resuelve el supuesto consistente en la intervención de reducción de mamas a la que se sometió una mujer para aliviar los dolores de espalda que padecía y para frenar la osteoporosis en fase inicial. La Sentencia, tras plantear la doble naturaleza de la prestación médica como obligación de medios y resultado explica cómo se omitió en el documento de consentimiento la información relativa a que existía un 0,44% de posibilidades de necrosis (riesgo que finalmente se produjo) y que, en las circunstancias que se exponen en la sentencia "el deber

160 Cabe citar, dentro de este grupo de sentencias, la dictada por la SAP de Badajoz de fecha de 18 de noviembre de 2003 que, al tratar de la reclamación de una paciente a la que no se informó de la posibilidad de que se colocara un determinado tipo de prótesis de rodilla y de someterse a un número menor de intervenciones que las que finalmente tuvieron lugar, dedica el fundamento jurídico quinto a fijar el importe indemnizatorio y los 45. 000 euros que fija como indemnización los establece en atención a la edad del paciente, el deterioro que tuvo durante un determinado período de tiempo y los gastos justificados por la paciente. Es decir, no valora diferenciadamente la infracción del deber de información y se limita a señalar la indemnización en atención al daño físico producido a la paciente.

161 Dice esta Sentencia que, en cualquier caso, el reconocimiento de la insuficiencia de la información facilitada al paciente no tendrá en el caso presente un efecto inmediato sobre la reclamación y ello pues, pues como veremos en los fundamentos jurídicos siguientes, resulta que se produjeron otras infracciones en el tratamiento médico y dichas infracciones se basaron en el criterio de normalidad en qué consiste la *lex artis ad hoc*.

del cirujano de informar a la paciente de todas las complicaciones posibles, lejos de perder importancia, cobraba especial intensidad".

En el Fundamento Jurídico Quinto, tras mencionar que se había producido un resultado verdaderamente catastrófico para una mujer casada y en edad fértil, entiende que se le debe indemnizar en la cantidad reclamada por gastos hospitalarios y honorarios del anestesista, en el importe reclamado por los días de incapacidad temporal y, por el resto de conceptos, rechaza la cantidad pedida por la actora por no estar debidamente acreditada, e incluye una partida de 23.000.000 de pesetas con el siguiente razonamiento: "la Sala entiende que la indemnización procedente por secuelas y daño moral, englobando todas las peticiones de la demanda reseñadas debe cifrarse en 23.000.000 de pesetas"[162].

Esta, como las anteriores sentencias citadas en este apartado, no realiza una valoración diferenciada del daño que supone para el paciente que reclama el hecho de que no se le haya informado de modo suficiente y, aun realizando las consideraciones oportunas sobre la suficiencia del consentimiento prestado, no se valora éste y se fija el importe indemnizatorio del mismo modo que se podría realizar en el caso de que solo se valorase la corrección de la asistencia desde el punto de vista de la *lex artis* y sin referencia a la infracción producida en relación con el consentimiento.

Cuando concurren en un mismo caso la infracción de *lex artis* y el defecto de consentimiento "*…concurre una doble infracción: desde el punto de vista de la técnica de la medicina (lex artis) y desde el punto de vista de la información (infracción de la Ley 41/2002). Cuando tal cosa sucede, sería conveniente que al fijar el importe de la indemnización se detallara de modo separado cual es el importe que corresponde a cada infracción… En el caso de no separar ambos conceptos se corre el peligro de que la indemnización por infracción de las exigencias de información y de consentimiento quede absorbida en la indemnización con la que se valoran las lesiones o secuelas*[163]*".*

162 Es de señalar cómo, a pesar de haberse realizado expresa mención a que no se ha informado a la paciente de modo correcto, no se fija indemnización alguna por este concepto y se determinan sólo, como daños indemnizables, los gastos, secuelas estéticas, secuelas físicas y funcionales, por la imposibilidad de amamantar futuros hijos y secuelas psíquicas, por la disminución de la autoestima y el daño moral.

163 J. GUERRERO ZAPLANA. *Responsabilidad y Consentimiento Informado en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013 Página 163.

La falta de información como causa del resultado lesivo

Analizaremos ahora aquellas sentencias en las que se indemniza propiamente la falta de información[164] pero que se diferencian de otras sentencias en las que se realizan pronunciamientos más contundentes sobre la consideración autónoma del derecho a la información y del consentimiento como daños separables e indemnizables independientemente de los daños que se pudieran ocasionar sobre la salud o la integridad física del paciente a resultas de la asistencia sanitaria recibida.

La STS1ª de 26 de septiembre de 2000, reconoce una indemnización de treinta y cinco millones de pesetas a favor de una persona que se sometió a una intervención quirúrgica de estapedectomía por padecer una hipoacusia de carácter progresivo y que concluyó con una cofosis total. Considera acreditado el Tribunal que al paciente no se le informó sobre las diversas opciones que había para realizar la intervención a la que se sometió y que, además, unas y otras tenían muy diferente número de contraindicaciones y posibles complicaciones; la Sentencia no entiende acreditado que la actuación médica haya sido contraria a la *lex artis*, sino que entiende que se ha producido un consentimiento desinformado a cargo del paciente, al habérsele privado de conocer de modo suficiente el alcance de su enfermedad y las consecuencias de la intervención, añadiendo que "con este actuar profesional el demandado asumió por sí sólo los riesgos derivados de la intervención en lugar de la paciente"[165].

La STSJ1ª de Navarra de fecha de 6 de septiembre de 2002, obtiene una conclusión semejante: plantea el supuesto de una niña aquejada desde su nacimiento de una afección cardiaca y que fue intervenida de una estenosis supravalvular aórtica severa (intervención que exigía circulación extracorporea y parada cardiaca) y en la que era necesario el consentimiento de los padres para la realización de dicha intervención quirúrgica. El Fundamento Jurídico Sexto de

164 STS3ª de 27 de abril de 2006. Paciente intervenido de una descompresión medular secundaria a una cervicoartrosis, en cuyo proceso quirúrgico se le ocasionó una tetraplejia, según declara la sentencia. Las gravísimas secuelas hicieron precisa una traqueotomía y además de trastornos fisiológicos y patológicos plurales, precisó asistencia psicológica. La Administración Sanitaria fue condenada al pago de 300.000 mil euros por no haber informado, adecuadamente, de los riesgos de la intervención.

165 Es importante tomar en consideración que en esta sentencia se avanza un paso respecto de aquellas otras sentencias en las que se valora la omisión de la información junto con la corrección de la prestación de la asistencia sanitaria y ello pues se considera que la omisión de la diligencia de información hace que sea el médico el que asume los riesgos de la intervención; téngase en cuenta que toda intervención quirúrgica tiene riesgos ineludibles derivados de la eventualidad del resultado sobre la vida y la salud de las personas, pero hacer recaer sobre el médico los riesgos de la intervención por el hecho de que se haya incumplido la existencia de información es una consecuencia que, en principio, carece de apoyo legal suficiente.

esta Sentencia trata la cuestión de la responsabilidad derivada del consentimiento informado y, con cita de la STS3ª de 4 de abril de 2000, concluye con un razonamiento que es claramente innovador en la jurisprudencia más moderna: "la ausencia del consentimiento informado supone que los facultativos intervinientes asuman los riesgos inherentes a la intervención y, por tanto, la responsabilidad derivada de los daños que sean consecuencia de aquellos, cual sucede con los de carácter neurológico"[166].

Sin embargo, entender que el efecto de la falta de información es el de hacer recaer sobre el médico los riesgos de la intervención de que se trate no parece que esté suficientemente apoyado en texto legal alguno y carece, al menos de momento, de base jurisprudencial suficientemente estable y consolidada. Resulta, además, que se contrapone el reconocimiento de dicho efecto con alguna jurisprudencia que entiende que el simple cumplimiento de los requisitos legales en materia de información y consentimiento no es suficiente para hacer responsable al paciente de los resultados de la intervención de que se trate.

La dificultad de mantener este argumento ha sido puesta de manifiesto por otras sentencias que entienden que no siempre es posible unir causalmente la omisión de la debida información con la producción de un determinado resultado sobre la vida o la integridad del paciente; así, se dijo en la STS1ª de 10 de noviembre de 1997 que, al tratar de una lesión neurológica del plexo braquial, daba lugar al recurso de casación y anulaba la sentencia que había condenado a los médicos, sobre la base de que, si bien la información forma parte de la obligación de medios[167] del facultativo que atiende al paciente y que la omisión de información supone negligencia, declara que "no puede darse a la misma (a la omisión de información) el alcance efectuado por la Sala *a quo*, habida cuenta de que entre la deficiencia de no informar y el resultado dañoso no habría ninguna relación de causalidad".

Una STS1ª, de 7 de junio de 2002, trata de la cuestión de la falta de información a una futura madre de la existencia de pruebas para detectar malformaciones fetales en el caso de embarazos de madres de cierta edad, llegando a la misma conclusión de la dificultad de unir causalmente

166 Este argumento lo había recogido la Sala Primera en la Sentencia de 26 de septiembre de 2000; en dicha sentencia se entendía que se había producido un consentimiento desinformado y que, con este actuar profesional el demandado asumió por sí solo los riesgos de la intervención, en lugar de la paciente.

167 Consideración jurisprudencial tradicional (STS3ª de 13 de octubre 1992, 15 de noviembre de 1993 o 29 de marzo de 1994 como destacados y tradicionales ejemplos).

la insuficiente información y la libre decisión de poner fin al embarazo, y ello sobre la base de que la determinación del nexo causal no se puede basar en simples conjeturas[168].

A pesar de todo lo expuesto es de advertir que cualquier análisis sobre la responsabilidad de los profesionales sanitarios, y en el ejercicio de las profesiones médicas en particular, queda rápidamente superado por la realidad social, doctrinal y jurisprudencial.

Hoy en día, son sin duda los EE. UU los que encabezan el número de denuncias por imprudencias médicas. Sin embargo, en dicho país, la responsabilidad penal de los facultativos es excepcional, frente a la responsabilidad civil que se convierte en pauta habitual. Por otra parte, en Norteamérica, las Compañías de Seguros alcanzan frecuentemente soluciones transaccionales con el paciente, evitándose así la celebración de gran número de procedimientos judiciales en los que se acciona la exigencia de responsabilidad de los médicos.

Se ha dicho al respecto que el fenómeno de la responsabilidad es, al tiempo, el fenómeno de la exigencia social de la responsabilidad y el dato ha conducido a la idea de una cierta socialización, pero también, a la objetivación del riesgo.

La aplicación de técnicas de responsabilidad objetiva puede, sin duda, satisfacer, en algunos casos, la exigencia social de obtener la garantía del resarcimiento de los daños que se originen en el curso de un tratamiento sanitario[169]; pero, con toda evidencia, la mayor garantía de las reclamaciones de los perjudicados lleva paralelamente a una correlativa debilitación en la posición del demandado, ya que, en estos casos, queda obligado a demostrar en el proceso que su actuación fue correcta.

La siguiente constatación que es necesario tener en cuente consiste en que, aunque la reclamación por responsabilidad sanitaria afecta tanto a la reputación del profesional médico,

168 Dice la citada Sentencia que "no puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto. El hecho de que aquélla manifestase al médico su preocupación, dadas las condiciones personales, no supone que, de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo. Al no existir, por tanto, una relación directa de causa a efecto entre la conducta atribuida al médico demandado y el daño producido, procede la estimación del motivo".

169 Así sucede cuando la responsabilidad objetiva dimana de los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC y de la aplicación del régimen jurídico de los consumidores y usuarios previsto en el Texto Refundido de la LGDCU, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

como a su patrimonio, bienes éstos al menos igualmente valiosos, la prevención de las consecuencias de una eventual indemnización tiene a menudo sólo en cuenta los aspectos económicos y descuida la garantía del perjuicio.

En efecto, el sistema más común de desplazamiento de responsabilidad consiste en acudir a alguna de las diversas pólizas de seguro que se ofrecen en el mercado, e incluso no es infrecuente que un facultativo cubra el riesgo de su responsabilidad civil con diversas pólizas de seguro concertadas en concurrencia por la Administración Sanitaria o institución sanitaria en la que presta sus servicios, por su Colegio de Médicos y por él mismo, con los consiguientes problemas que dicha concurrencia representa, sin olvidar las consecuencias derivadas del conocido fenómeno "espiral responsabilidad - seguro - responsabilidad".

Pero junto al seguro mercantil, el Derecho conoce otros medios de aminorar o anular las consecuencias dañosas de la acción de responsabilidad civil. Es posible evitar el

proceso pactando el sometimiento a arbitraje tanto de derecho como de equidad, como también lo es resolver pacíficamente las reclamaciones transigiendo cuestiones que aún no hubieran llegado a plantearse judicialmente, en lo que fueren susceptibles de transacción.

Finalmente, y junto con estas medidas de carácter jurídico, es posible potenciar también las medidas que pudiéramos denominar de carácter profesional: actualización permanente de conocimientos, protocolización de historias clínicas, cumplimiento riguroso del deber de información verbal y escrita, puesta en común de experiencias, divulgación de datos...

La protección integral frente a las reclamaciones de responsabilidad requiere, por tanto, combinar al menos la técnica del seguro con las medidas preventivas que hoy, pura y simplemente, no cubren las pólizas al uso, por lo que se hace necesario, o bien la transformación de las Compañías Aseguradoras en Entidades que comprendan la actividad preventiva, o bien regular jurídicamente una entidad, aún inexistente, que pudiera reunir, junto con la permanente actualización de riesgos y de conocimientos, las garantías del seguro.

El planteamiento parte, desde luego, de garantizar el desplazamiento patrimonial de la obligación de resarcimiento, es decir, el seguro; pero sobre todo de promover, bien el tratamiento extrajudicial de la indemnización posible, bien la eliminación de la reclamación

probable. Todo ello exige, de un lado, atención permanente y, de otro, la programación de actividades de educación y prevención y el establecimiento de vías de negociación.

b) Responsabilidad del médico por actos del personal de enfermería[170]

En el equipo sanitario, la distribución del trabajo se produce tanto en sentido horizontal, en el que se producen relaciones entre iguales, basadas en la independencia, en la complementariedad y en la igualdad, como en sentido vertical, en el que el principio de jerarquía se impone al de competencia, dando lugar a relaciones subordinadas en las que, ciertamente, cada miembro

170 Según lo establecido en el artículo 7 de la LOPS, respecto a los Diplomados sanitarios:
"1. Corresponde, en general, a los Diplomados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para que les faculta su correspondiente título, la prestación personal de los cuidados o los servicios propios de su competencia profesional en las distintas fases del proceso de atención de salud, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en tal proceso.
2. Sin perjuicio de las funciones que, de acuerdo con su titulación y competencia específica corresponda desarrollar a cada profesional sanitario, ni de las que puedan desarrollar otros profesionales, son funciones de cada una de las profesiones sanitarias de nivel Diplomado las siguientes:
a. Enfermeros: corresponde a los Diplomados universitarios en Enfermería la dirección, evaluación y prestación de los cuidados de Enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud, así como a la prevención de enfermedades y discapacidades.
b. Fisioterapeutas: corresponde a los Diplomados universitarios en Fisioterapia la prestación de los cuidados propios de su disciplina, a través de tratamientos con medios y agentes físicos, dirigidos a la recuperación y rehabilitación de personas con disfunciones o discapacidades somáticas, así como a la prevención de las mismas.
c. Terapeutas ocupacionales: corresponde a los Diplomados universitarios en Terapia Ocupacional la aplicación de técnicas y la realización de actividades de carácter ocupacional que tiendan a potenciar o suplir funciones físicas o psíquicas disminuidas o perdidas, y a orientar y estimular el desarrollo de tales funciones.
d. Podólogos: los Diplomados universitarios en Podología realizan las actividades dirigidas al diagnóstico y tratamiento de las afecciones y deformidades de los pies, mediante las técnicas terapéuticas propias de su disciplina.
e. Ópticos-optometristas: los Diplomados universitarios en Óptica y Optometría desarrollan las actividades dirigidas a la detección de los defectos de la refracción ocular, a través de su medida instrumental, a la utilización de técnicas de reeducación, prevención e higiene visual, y a la adaptación, verificación y control de las ayudas ópticas.
f. Logopedas: los Diplomados universitarios en Logopedia desarrollan las actividades de prevención, evaluación y recuperación de los trastornos de la audición, la fonación y del lenguaje, mediante técnicas terapéuticas propias de su disciplina.
g. Dietistas-nutricionistas: los Diplomados universitarios en Nutrición Humana y Dietética desarrollan actividades orientadas a la alimentación de la persona o de grupos de personas, adecuadas a las necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas de las mismas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud pública.
3. Cuando una actividad profesional sea declarada formalmente como profesión sanitaria, titulada y regulada, con nivel de Diplomado, en la correspondiente norma se enunciarán las funciones que correspondan a la misma, dentro del marco general previsto en el apartado 1 de este artículo".

del equipo debe confiar en que el personal auxiliar realice las tareas que le son propias, pero siempre reservándose y siendo responsable el facultativo de las tareas de control, instrucción y vigilancia y, desde luego, de la parte esencial de su actuación profesional, la cual no podrá delegar en absoluto en el personal auxiliar.

En consecuencia, podrá existir responsabilidad profesional en el personal de enfermería cuando, en el ejercicio de sus funciones propias, incurra en negligencia, descuido o falta de atención, e incluso cuando acometa indebidamente funciones propias del médico. Pero responderá el médico en el caso de que el daño al tercero se haya debido a su despreocupación en las funciones de control y vigilancia o cuando encomiende o permita que el personal de enfermería traspase los límites de su competencia profesional.

Para determinar, pues, los casos en los que puede existir responsabilidad por parte del personal de enfermería, habrá que acudir a la determinación de sus funciones en la norma legal o convencional por la que se rija su prestación de servicios.

Así, en la EMPESS[171] se distinguen las funciones de los Diplomados en Enfermería, Matronas, Fisioterapeutas, Terapeutas Ocupacionales y Técnicos Especialistas, a los cuales la norma caracteriza como auxiliares del médico.

La jurisprudencia ha venido caracterizando, casuísticamente, algunas de las funciones que corresponden a estos profesionales sanitarios, y así se ha declarado, por ejemplo, que deben cumplimentar las instrucciones que reciban del médico en relación con el servicio, y como profesionales con funciones asistenciales específicas, fundamentalmente la de cumplimentar la terapia prescrita por los facultativos que tienen a su cargo al enfermo, así como aplicar la medicación correspondiente, auxiliar al médico en las intervenciones quirúrgicas, practicar las curas de los intervenidos quirúrgicamente y prestar los servicios de asistencia inmediata en casos de urgencia vital, hasta la llegada del médico, observar y recoger los datos clínicos necesarios para la correcta vigilancia de los pacientes, realizar las anotaciones que les correspondan, realizar sondajes, disponer los equipos de todo tipo para intubaciones, drenajes y vendajes, así como preparar lo necesario para una asistencia urgente, así como prestar la asistencia a los pacientes en la esfera de su competencia[172].

171 Aprobado por Ley 55/2003, de 16 de diciembre.

172 Véanse, por ejemplo, la STS4ª de fecha 2 de diciembre de 2008, o la STSJ de Madrid, Sección Séptima, de 5 de febrero de 2008.

A tenor de las funciones expuestas, el personal de enfermería puede resultar profesionalmente responsable por negligencia en el cumplimiento de sus funciones y, asimismo, el médico encargado del diagnóstico y tratamiento del paciente puede resultar responsable por el incumplimiento de sus obligaciones sobre el control y vigilancia del personal de enfermería, es decir de la forma en que el personal de enfermería cumplimenta sus instrucciones sobre el tratamiento del paciente, o, por último, cuando encomienda a este último personal la realización de funciones propias.

Un ejemplo del primer tipo de responsabilidad (negligencia en el cumplimiento de sus funciones por el personal de enfermería) lo encontramos en la STS2ª de 4 de octubre de 1993, en cuyos hechos probados se afirma que el médico de guardia ordenó al Auxiliar Técnico Sanitario administrar suero glucosado con sodio, que debía preparar el personal de enfermería, elaborándose el mismo con los frascos existentes en la farmacia del centro sanitario, que dispone de recipientes con diversas proporciones del preparado, similares en su aspecto externo, pero especificándose su concreta composición en el etiquetado. Por inadvertencia en la preparación del suero, el personal de enfermería encargado de su preparación mezcló inadvertidamente un tipo de suero cuya proporción de sodio era muy superior a la prescrita, ya que analizado con posterioridad, arrojó una composición de sodio de 816 mEq/l, en vez de 46 mEq/l, como había prescrito el médico. La sentencia considera imprudente la realización mecánica de la preparación sin observar debidamente la proporción de sodio que contenía el suero fisiológico utilizado.

Un caso paradigmático del segundo tipo de responsabilidad (falta de control por el médico de las funciones llevadas a cabo por el personal de enfermería, o encomienda de funciones propias al personal de enfermería) lo encontramos en la STS2ª de 7 de julio de 1993, que condena a un anestesista que abandonó el área de quirófano de un paciente no monitorizado, rechazando la excusa de haber encomendado tales funciones a la Auxiliar Técnico Sanitario, porque la administración, vigilancia y reanimación de la anestesia es exclusiva y de personal responsabilidad del médico especialista en Anestesiología e indelegable, por tanto, en el personal auxiliar no médico[173].

173 En otras ocasiones se ha condenado al auxiliar sanitario al haber actuado incorrectamente, tras una indicación correcta del facultativo. Enfermera que, por error en la dosis dispensada (administró 120 mgm/kg. cuando lo indicado eran 15) e intoxicó con fenobarbital a una niña recién nacida, provocándole un coma irreversible grado IV de Redd. Se condenó en la Sentencia a la enfermera responsable, a la clínica en la que ocurrieron los hechos y a la aseguradora, exculpando al facultativo que prescribió correctamente, como quedó acreditado (Sentencia de 5 de mayo de 2004 de la Audiencia Provincial de Madrid).

c) Personal Sanitario no Facultativo

En la misma línea de lo anteriormente descrito, se ha de reiterar la responsabilidad del personal sanitario no facultativo, cuyas funciones, según la EMPESS, se circunscriben, en el ejercicio de los servicios complementarios de la asistencia sanitaria, a aquellos aspectos que no resulten de competencia de los Diplomados Universitarios en Enfermería o Graduados en Enfermería, y ateniéndose a las instrucciones que reciban de los mismos.

5. Aseguramiento de la responsabilidad

Para hacer frente a los riesgos que origina la enfermedad, se ha acudido a diversos sistemas de aseguramiento, de entre los cuales, interesa destacar, en primer lugar, la previsión colectiva.

Ante todo, como la propia expresión indica, la previsión colectiva constituye una modalidad de protección social de la enfermedad, en cuanto tiene de visión anticipada de futuras necesidades sociales y de ordenación de medios para atenderlas. Pero, además, es colectiva, en cuanto que la instrumentación de sus mecanismos ha de realizarse, sin excepción, por un grupo o colectivo de personas. Es decir, aunque el mecanismo protector pueda desintegrarse en una suma de actos individuales (contratos de aseguramiento, actos asociativos...), sin embargo las posibilidades de realización exigen que sea colectivo.

Los mecanismos protectores comprendidos en la previsión colectiva son, fundamentalmente dos:

i. La Mutualidad.

ii. El Seguro Mercantil.

Ambos presentan, en principio, unas notas comunes que permiten cobijarlos bajo un mismo apartado:

- De un lado, ofrecen una dilución de las cargas liberadoras de necesidades sociales entre todos los miembros del grupo (principio mutualista), diferenciándose así de la

previsión individual, en la que cada individuo ha de sostener por sí mismo la carga de sus necesidades sociales.

- De otra parte, en ambos destaca la voluntariedad en la pertenencia al grupo colectivo; nota esta que, a su vez, los distingue de las formas obligatorias de previsión colectiva.

Pero también estos mecanismos protectores de riesgos presentan unas notas diferenciales entre sí, que permiten distinguir notas específicas de cada uno de ellos, aún dentro de la misma rúbrica:

- Mientras que en la mutualidad todos los miembros son aseguradores de sí mismos, o lo que es igual, cada miembro es a su vez asegurado y asegurador, de forma que es la propia mutualidad quien percibe las primas y reparte las prestaciones; en el seguro mercantil, cada individuo del grupo colectivo ocupa tan solo la posición de asegurado, frente a una entidad distinta del grupo, llamada asegurador, que actúa de intermediario entre los asegurados, percibiendo las primas y repartiendo prestaciones.
- Además, la mutualidad no persigue la obtención de lucro con su actividad colectiva, mientras que el asegurador mercantil desarrolla su actividad intermediaria con el propósito de obtener un beneficio comercial.
- En el seguro mercantil, como mecanismo asegurativo individual, prima el principio conmutativo o de cambio, en respuesta individualista a la justicia conmutativa de cambio de prima por indemnización, mientras que en la mutualidad, o mecanismo asegurativo mutual, prima el principio distributivo o mutualista, como respuesta solidarista o social a la justicia distributiva que atribuye a cada uno según sus necesidades.

Se trata, en definitiva, de mecanismos jurídico - económicos nacidos y desarrollados en el ámbito del Derecho Privado y, en consecuencia, inespecíficos de protección.

La normativa reguladora del seguro mercantil se encuentra constituida, básicamente, por la LCS, la LOSSp[174] y el ROSSP.

174 Solamente mantienen su vigencia, de la LOSSp, las Disposiciones Adicionales Quinta (colaboradores en la actividad aseguradora), Sexta (Modificaciones de la Ley de Contrato de Seguro), Décima (Modificaciones en la Ley de Seguros Agrarios Combinados), Duodécima (Modificación de la disposición adicional undécima de la Ley General de la Seguridad Social. Conciertos de entidades aseguradoras con organismos de la Seguridad

Es de señalar que la LCS, define al mismo, en su artículo 1º, como "aquél por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas[175]". La propia Ley distingue como modalidades los seguros contra daños y los seguros de personas.

Como seguros contra daños regula la ley los de incendios, contra el robo, de transporte terrestre, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil, así como el reaseguro, siendo de entre todos ellos, el específicamente aplicable a los riesgos derivados de la actividad profesional de los médicos, el seguro de responsabilidad civil[176].

No nos concierne ahora abordar la temática general del seguro privado, que corresponde al Derecho Mercantil. Tan sólo nos interesa considerarlo en la medida en que sea útil como instrumento protector de las necesidades de los médicos en el ejercicio de su actuación profesional, al subrogarse, en virtud del contrato de seguro, la compañía aseguradora en la responsabilidad civil, administrativa y laboral del médico.

A tales efectos es preciso reconocer la aportación de avanzadas técnicas que permiten aquilatar más la previsión de eventualidades, y calibrar mejor las aportaciones contributivas de los asegurados. Y ello, pese a la onerosidad excesiva que la protección presenta para el asegurado[177].

El seguro de responsabilidad civil, aplicable, como ya se ha expuesto, a la cobertura de los riesgos que afectan al ejercicio de la actividad profesional de los facultativos, actuaría

Social), Decimoquinta (Integración en la Seguridad Social de los colegiados en Colegios Profesionales) y Final Primera (Bases de la ordenación de seguros y competencias exclusivas del Estado).

175 En este sentido STS1ª de 3 de noviembre de 2011: "…el seguro de la responsabilidad civil es aquel seguro contratado contra el riesgo de quedar sujeto el patrimonio del tomador por una obligación de indemnizar, derivada de la responsabilidad civil de éste. Por este contrato, el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado el daño patrimonial que éste sufra como consecuencia, a su vez, de su obligación de resarcir los daños y perjuicios causados a un tercero producidos por hechos a los que la Ley apareja una responsabilidad patrimonial…".

176 La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considera, como notas básicas del Contrato de Seguro la onerosidad y la aleatoriedad (STS1ª de 21 de mayo de 1990).

177 El artículo 41 de la CE ha servido de impulso de este instrumento protector, al proclamar que la asistencia y prestaciones complementarias de la Seguridad Social serán libres, proclamando así para ellas el carácter voluntario y jurídico privado del seguro.

como mecanismo protector del patrimonio del asegurado de la minoración que supone la responsabilidad civil en la que haya incurrido, evitándole indirectamente incidir en situación de necesidad social o en indigencia.

Dicho seguro puede suscribirse individualmente o en grupo, con subformas en ambos:

- El seguro individual puede concertarse o bien con aseguradoras privadas en condiciones generales o particulares, o bien con entidades públicas aseguradoras que gestionen seguros voluntarios.
- El seguro de grupo o colectividad se suscribe, generalmente por un empresario o una Entidad Corporativa (caso de los Colegios Oficiales de Médicos), que asegura con póliza colectiva y única a todos los trabajadores de la empresa, o a todos los colegiados en dicha Entidad Corporativa. A su vez, puede manifestarse como seguro colectivo a favor de terceros (pago de las primas solamente por el empresario o la Entidad Corporativa), o bien participando en el pago de las primas los propios asegurados.

Por lo que respecta a la mutualidad[178], como posible forma de cobertura de las contingencias que afectan a los médicos de la Seguridad Social, las notas que caracterizan a la misma son las siguientes:

178 Como alternativa al sistema de protección de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a cuyo tenor:
"1. Quienes ejerzan una actividad por cuenta propia, en las condiciones establecidas por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que requiera la incorporación a un Colegio Profesional cuyo colectivo no hubiera sido integrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, se entenderán incluidos en el campo de aplicación del mismo, debiendo solicitar, en su caso, la afiliación y, en todo caso, el alta en dicho Régimen en los términos reglamentariamente establecidos.
Si el inicio de la actividad por el profesional colegiado se hubiera producido entre el 10 de noviembre de 1995 y el 31 de diciembre de 1998, el alta en el citado Régimen Especial, de no haber sido exigible con anterioridad a esta última fecha, deberá solicitarse durante el primer trimestre de 1999 y surtirá efectos desde el día primero del mes en que se hubiere formulado la correspondiente solicitud. De no formularse ésta en el mencionado plazo, los efectos de las altas retrasadas serán los reglamentariamente establecidos, fijándose como fecha de inicio de la actividad el 1 de enero de 1999.
No obstante lo establecido en los párrafos anteriores, quedan exentos de la obligación de alta en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos los colegiados que opten o hubieren optado por incorporarse a la Mutualidad de Previsión Social que pudiera tener establecida el correspondiente Colegio Profesional, siempre que la citada Mutualidad sea alguna de las constituidas con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 al amparo del apartado 2 del artículo 1 del Reglamento de Entidades de Previsión Social, aprobado por el Real Decreto 2615/1985, de 4 de diciembre. Si el interesado, teniendo derecho, no optara por incorporarse a la Mutualidad correspondiente, no podrá ejercitar dicha opción con posterioridad.
2. Quedarán exentos de la obligación de alta prevista en el primer párrafo del apartado anterior los profesionales

- En principio, la mutualidad está constituida por una pluralidad de sujetos ligados por una relación social, a la que dan vida mediante un contrato plurilateral con intereses coordinados.
- En segundo lugar, la comunidad de intereses que subyace en la mutualidad se integra por un conjunto de intereses individuales y similares, los cuales se subordinan a aquél interés común.
- Con tal estructura jurídica, la mutualidad persigue el objetivo de asegurar los riesgos previstos con respecto a cada individuo, mediante el reparto de las cargas consiguientes entre todos los miembros de la mutualidad[179].

colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995, cuyos Colegios Profesionales no tuvieran establecida en tal fecha una Mutualidad de las amparadas en el apartado 2 del artículo 1 del citado Reglamento de Entidades de Previsión Social, y que no hubieran sido incluidos antes de la citada fecha en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos. No obstante, los interesados podrán voluntariamente optar, por una sola vez y durante 1999, por solicitar el alta en el mencionado Régimen Especial, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes en que se formule la solicitud.
Los profesionales colegiados que hubieran iniciado su actividad con anterioridad al 10 de noviembre de 1995 y estuvieran integrados en tal fecha en una Mutualidad de las mencionadas en el apartado anterior, deberán solicitar el alta en dicho Régimen Especial en caso de que decidan no permanecer incorporados en la misma en el momento en que se lleve a término la adaptación prevenida en el apartado 3 de la disposición transitoria quinta de esta Ley. Si la citada adaptación hubiese tenido lugar antes del 1 de enero de 1999, mantendrá su validez la opción ejercitada por el interesado al amparo de lo establecido en la mencionada disposición transitoria.
3. En cualquiera de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, la inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos se llevará a cabo sin necesidad de mediar solicitud previa de los órganos superiores de representación de los respectivos Colegios Profesionales".

179 STS4ª de 10 de junio y 21 de septiembre de 1990.

CAPÍTULO II

LA RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE LA SALUD Y SU ASEGURAMIENTO. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. La responsabilidad de los médicos y sus causas

Expuestas ya, someramente, las competencias y obligaciones de los médicos del Sistema Nacional de Salud han de analizarse ahora las causas generadoras de dicha responsabilidad así como las vías de cobertura de las mismas. En este sentido, debe señalarse que pocas actividades son tan delicadas y exigentes en su ejercicio diario como la actividad médica. Esta posición de peculiar responsabilidad no encuentra siempre, sin embargo, un reconocimiento en la gestión, por parte del sector público, de esos profesionales, teniendo en cuenta que[180]: *"… no ha encontrado un sistema de gestión de los medios personales…La ordenación del personal se realiza por el denominado Estatuto Marco de la Sanidad de 2003…actualización muy próxima al conjunto de los funcionarios públicos…La paradoja es que cuando esto se ha producido el legislador estatal <<tira>> del sistema y produce una reordenación…que se plasma en el EBEP… El resultado no puede considerarse más negativo…recortes generalizados, suspensión de derechos, congelación de ofertas, de sistemas de carrera…La esperanza del cambio se ha desvanecido poco a poco…"*

El acentuado carácter social de estos profesionales y su proyección ilimitada sobre el entorno humano que insistentemente le requiere, suscita a menudo reacciones ante supuestas irregularidades o fallos en la dispensación de la asistencia sanitaria.

La profesión médica tiene mucho de tecnicismo, pero también buena parte de adivinación y de riesgo. La vida, la salud, la integridad física y corporal constituyen bienes inapreciables para el ciudadano, pero el hombre, inexorablemente, se encamina hacia un fin de extinción y de muerte.

---

180 A. PALOMAR OLMEDA. *El modelo de sanidad pública. Algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial*. Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 89.

La *"lex artis ad hoc"*[181] gravita sobre toda actuación médica[182], pero esta ley discurre equilibradamente por entre límites objetivos y de normal atención, y límites subjetivos de difícil percepción. La sensibilidad y la experiencia del médico juegan un papel decisivo fuera de las previsiones de los tratados al uso. Junto a enfermedades tradicionales, patologías de reciente aparición ponen al profesional médico en trance de improvisaciones no exentas de un indudable índice de riesgo.

Tristemente, tanto en nuestro país como en otros de nuestro entorno, ha proliferado, hoy día, una actitud de denuncia indiscriminada ante cualquier resultado carente de éxito por parte del médico, como si existiese un derecho absoluto a no morir, a sanar inexcusablemente, o a exigir al facultativo cualidades tales que alejen toda sombra de fracaso, hallándose por ello, la profesión médica sujeta a embates inusuales.

El tema de la responsabilidad profesional se presenta, pues, como acuciante y ocupa un lugar destacado en los estudios consagrados a la responsabilidad por acto ilícito en general.

Frente a la eventualidad de las demandas resarcitorias, el médico debe adoptar las previsiones que un seguro de responsabilidad civil representa. Si, en la forma de prestación de la medicina tradicional, la aceptación del seguro de responsabilidad civil por parte de los médicos fue escasa – ya que la relación médico - paciente se basaba en la confianza[183]– con el transcurso del tiempo asistimos a un fenómeno de signo inverso. Aquella relación de confianza se despersonaliza, el progreso de las técnicas médicas lleva a un cierto optimismo al ánimo del

181 Conforme a la STS1ª de 11 de marzo de 1991 la *"lex artis ad hoc"* consiste en "…. aquél criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médico que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada". (Otras, STS1ª 10 de octubre de 2000 o STS1ª de 4 de abril de 2000).

182 Que ha de sujetarse a dicha *"lex artis"* en el sentido expresado. Así STS1ª de 23 de mayo de 2006: "…el perito manifiesta que la actuación se efectuó conforme a la *praxis* médica, por lo tanto, no procede la estimación de la demanda dado que la parte actora no ha acreditado que la realización de la operación fuese incorrecta, la prestación de los servicios médicos cuando pretenden mejoría de dolencias no es la de resultados, sino una obligación de medios, de diagnóstico correcto aplicando la solución quirúrgica adecuada, con la técnica aplicada conforme a la *praxis* médica correcta, si bien los resultados obtenidos no son los satisfactorios que serían de esperar, o deseados por la paciente, no implica que de dicha falta de resultados deba inferirse la imprudencia en la actuación de los facultativos, por lo que procede la desestimación de la demanda en todos sus términos, puesto que en el presente caso no se dan los presupuestos necesarios para que prospere la acción ejercitada, cual sería en primer lugar la acción imprudente ni se ha acreditado la relación de causalidad…".

183 En este sentido el Código de Deontología Médica de 2011 en su artículo 8.2: "La relación médica exige una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente…".

paciente, pero, a la vez, incrementa los factores de riesgo y la responsabilidad personal del médico resulta alcanzada por principios tales como el *"pro damnato"*, que hoy operan en ámbitos singulares de la responsabilidad, como la responsabilidad patrimonial.

A este fenómeno de la mayor frecuencia del compromiso de responsabilidad del médico se refiere la doctrina científica[184], buscando explicación, entre otras causas, en la práctica de una medicina más eficaz, pero más agresiva, lo que implica mayores riesgos para el paciente, así como en la mayor capacidad asistencial de nuestro país en materia de asistencia sanitaria, lo que supone un paralelo aumento de los actos médicos.

El seguro de responsabilidad civil de los facultativos, arraigado y extendido al máximo, es objeto de atención específica por la doctrina jurídica mercantilista. Las aportaciones jurisprudenciales han creado todo un cuerpo esclarecedor del mayor interés.

Aunque no existen normas legales que sometan a un régimen particular la responsabilidad de los médicos y de su seguro, con relación a la responsabilidad civil profesional en general, y al seguro de responsabilidad civil en general, sí presenta aspectos muy destacados.

Entre ellos, como ya se ha dicho, el incremento de las reclamaciones. Los factores de este incremento vienen a resumirse en un triple progreso social, médico y jurídico, que, desde hace algún tiempo, se viene poniendo de manifiesto por la doctrina más autorizada.

Factores sociales estos porque el paciente no se resigna ya a los problemas de salud y, además, percibe como cada vez más cierta la posibilidad de reclamar y de obtener por ello una compensación económica en el caso de que se le ocasione un daño.

Progreso médico, en la medida en que la protección de la salud cuenta con técnicas cada vez más complejas y sofisticadas, pero también más invasivas y peligrosas que, por una parte, propician una exigencia – quizás excesiva – de los pacientes en este progreso y, por otra, generan mayores riesgos, a lo que habría que añadir que el progreso técnico ha desdibujado la relación humana existente entre el médico y el paciente, difuminándose la figura del profesional, cada vez más considerado como un técnico.

184 C. ROMEO CASABONA. *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*. Editorial Comares. Granada. 2003. Páginas 16 y ss.

Y, por último, progreso jurídico, ya que la responsabilidad del profesional sanitario no se basa ya tan sólo en la negligencia o en la mala práctica, sino también en la contravención de los derechos de los pacientes, normativizados jurídicamente en el artículo 10 de la LGS [185], así como en la LAP, cuyo elenco comprende el derecho a la personalidad, al respeto a la dignidad humana, intimidad e igualdad, el derecho a la confidencialidad, el derecho a conocer y consentir su participación en proyectos docentes y de investigación, el derecho a la información, el derecho a la libre elección del tratamiento y al consentimiento informado, el derecho a obtener un médico interlocutor, el derecho a la negativa al tratamiento[186] y el derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

Por todo ello, puede decirse que el seguro de responsabilidad profesional de los médicos merece un tratamiento específico y diferenciado en el campo general de la responsabilidad civil profesional, entre otras circunstancias por la especialidad del riesgo, que hace que se distingan, dentro de la póliza de responsabilidad profesional, una pluralidad de coberturas, señaladamente la responsabilidad civil profesional propiamente dicha, la patronal y la general.

Dentro de la primera (la responsabilidad civil profesional), las pólizas de responsabilidad profesional del médico cubrirán, como ya se ha avanzado, no sólo la responsabilidad por hechos propios sino por la de aquellas personas de las que se deba responder, y que puede abarcar tanto daños derivados de la organización del trabajo horizontal, es decir, en los casos de trabajo en equipo médico las que se deriven del propio funcionamiento del equipo cuando no pueda aislarse la responsabilidad de cada participante en el acto médico (por ejemplo, cirujano y anestesista), que en principio, responden independientemente en base al principio de especialización y competencia, como las derivadas de la organización del trabajo vertical (médico, Ayudante Técnico Sanitario o Auxiliar de Clínica o de Enfermería), en el que la responsabilidad puede alcanzar jerárquicamente al médico au n cuando quepa aislar la responsabilidad de los auxiliares del mismo si éstos traspasan los límites de su respectiva competencia y se extienden al proporcionar cuidados estrictamente médicos.

185 Apartados 1, 2, 3, 4, 7, 10, 11, 12, 13 y 14, no derogados por la LAP.

186 Con la evidente asunción de sus consecuencias legales. STS3ª de 26 de marzo de 2007:"… la negativa del paciente a recibir tratamiento propuesto por la Sanidad Pública exime a la Administración de responsabilidad por el daño que dicha negativa pudiera producir"…Analiza dicha resolución el caso de un paciente a quien se propuso la realización de una apendicectomía, que rechazó al remitir espontáneamente la sintomatología. Más tarde se produjo una perforación de colon, tras lo cual el paciente demandó a la Administración por no haberle intervenido antes, declarando, el alto tribunal, como ha quedado expresado, la improcedencia de declarar responsabilidad a la Sanidad Pública.

Así pues, en el momento presente, se evidencia la necesidad ineludible del aseguramiento de la responsabilidad profesional de los médicos, y todo ello en base a las siguientes razones, esquemáticamente señaladas:

- El entorno social. La presión ha aumentado claramente a partir de 1980, siendo frecuente que los medios de comunicación social, a la hora de comunicar noticias médicas, aludan a los "errores médicos" en lugar de a los "acontecimientos adversos".
- El riesgo de la actividad sanitaria. Resulta claro que la actuaciones médicas relativas al diagnóstico y tratamiento de los pacientes es una actividad de riesgo que, por propia naturaleza, aumenta la posibilidad de sucesos no deseados.
- La complejidad creciente de la Medicina. A consecuencia del gran avance experimentado por la Medicina y las Ciencias Auxiliares de la misma, se constata que los pacientes esperan actuaciones infalibles por parte de los médicos, perdiéndose de vista que la Ciencia Médica impone generalmente obligaciones de medios y no de resultados.
- El aumento de reclamaciones judiciales fundadas en la infracción de la *"lex artis ad hoc"*. La realidad actual nos muestra un incremento notabilísimo del número de reclamaciones judiciales deducidas contra los médicos.
- La afectación de todos los elementos de la organización. Aunque la mayor parte de las reclamaciones contra los profesionales sanitarios tienen a los médicos como sus destinatarios, cada vez resulta más frecuente que, tanto la propia organización sanitaria, como otros profesionales sanitarios sean objeto de una reclamación judicial.

En resumen, son factores del entorno, de la propia medicina o del ámbito jurídico, los que han promovido la necesidad del aseguramiento de la responsabilidad sanitaria.

a) El daño, presupuesto de la responsabilidad médica

Al incremento en las reclamaciones judiciales, deducidas contra los facultativos, en los últimos tiempos, se añaden las modificaciones que, también en los últimos años, se han venido sucediendo en las normas que gobiernan nuestro sistema procesal, y el hecho mismo de los conflictos de competencia, que han venido planteándose cuando al lado del facultativo,

se ha pretendido ejercitar la acción, igualmente, contra alguno de los Servicios de Salud que integran el Sistema Nacional de Salud.

No obstante esta diversidad y complejidad que se produce, como ya se ha dicho, como consecuencia de la reforma procesal de determinadas Leyes adjetivas, lo que resulta indudable es que, en todo litigio sobre exigencia de responsabilidad patrimonial, siempre existe un denominador común, sea cual fuere el Orden Jurisdiccional ante el que se promueva dicho litigio: la necesidad de acreditar la producción de un daño y relacionar causalmente dicho daño con la actuación profesional, de forma y manera que de ello pueda determinarse un reproche culpabilístico exigible al profesional.

Tanto en Derecho Civil, como en Derecho Penal, es necesario que quien reclama el daño acredite la culpa del profesional, siendo, en principio, irrelevante tal circunstancia en el Orden Judicial Contencioso Administrativo.

De ello se deriva también la diferente regulación de la indemnización del daño sufrido por la víctima, como se apuntó en el epígrafe anterior y que, como se va a apreciar inmediatamente, lleva también a la diferente posición jurídica de las partes en el proceso.

Así, el artículo 1.101 del CC sujeta la indemnización de los daños y perjuicios causados a los que, "en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieran en dolo, negligencia o morosidad y a los que de cualquier modo[187] contravinieren el tenor de aquéllas"[188].

En el ámbito del Derecho Penal, la necesidad de que el paciente acredite la culpa es, naturalmente, una consecuencia más del reproche culpabilístico ínsito en el tipo descriptor de la conducta penal. En efecto, el artículo 10 del CP señala que "son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley...", de donde se infiere que

187 Una contravención contractual palmaria es la frustración, por parte del deudor, del objeto contractual: Sentencia 94/2012 de 16 de febrero de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4: "…La más reciente doctrina jurisprudencial entiende que para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte; que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, las legítimas aspiraciones de la contraparte, así como que no es preciso que el contratante incumplidor actué con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria y no sonada por una justa causa que la origina, obstativa al cumplimiento del contrato en términos que se pactó (Sentencias, 14 de Febrero y 16 de Mayo de 1991).

188 Ver comentarios a dicho precepto en: M ALBALADEJO. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones.* Volumen I. 7ª Edición. Ed. Bosch. 1983. Pág.163 y ss.

la condena precisa la acreditación del dolo o de la imprudencia (mayor o menor reproche), como contrapunto del principio de presunción de inocencia (artículo 24 de la CE).

Sin embargo, ese "reproche" se diluye, queda desvanecido, cuando la acción de responsabilidad se ejercita en vía administrativa y, posteriormente, en la contencioso administrativa, por cuanto ya no es la contemplación de lo subjetivo, en principio, lo importante y trascendente, sino el examen objetivo de la situación creada.

En efecto, los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no mencionándose, por tanto, en la dicción legal, la culpa o negligencia como elemento constitutivo de responsabilidad patrimonial, aunque sí como elemento determinador de la acción de repetición contra las autoridades o personal dependiente de las Administraciones Públicas cuya actuación hubiere provocado el daño[189].

Obviando en esta ocasión los supuestos dolosos o intencionales de las conductas generadoras de responsabilidades jurídicas en el sector de la actividad sanitaria, y centrándonos consiguientemente en los comportamientos imprudentes tanto activos cuanto omisivos, la concurrencia de infracciones o injustos penales y civiles es indiscutible, no sólo en el sentido de que todo delito o falta puede resultar fuente de obligaciones y también, y sobre todo, en cuanto que una conducta imprudente, generadora de muerte o lesiones, puede constituir tanto una infracción de normas civiles (artículos 1902 y concordantes del CC) cuanto penales (artículo 142, 152 y concordantes del CP).

Cabría matizar que la responsabilidad civil sería configurable no sólo en el ámbito de la culpa extracontractual o aquiliana, sino también como incumplimiento de un contrato de

189 STS3ª de 23 de mayo de 1995, invocada como paradigmática: "…como hemos declarado, entre otras, en nuestras Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993... 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994... 11 de febrero y 1 de abril de 1995... si bien la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, y respecto de los Entes Locales por el artículo 54 de la Ley de Bases de Régimen Local, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado, en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, es imprescindible para declararla que el daño o perjuicio causado sea consecuencia del funcionamiento del servicio público"….

prestación de servicios o de obligaciones nacidas *ex lege*[190], particularmente en supuestos de servicios prestados por la Sanidad Pública (artículos 1189 y siguientes del CC), pero, como en cualquiera de las hipótesis de fuentes de obligaciones incumplidas, se caería en el ámbito de la infracción de deberes contenidos en la lex artis médica o quirúrgica, y por tanto, en la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del CC.

La estructura del injusto civil y del penal, en los actos ilícitos vinculados a una actividad sanitaria, son análogas en el plano sustantivo y también en el procesal, a pesar de que dogmáticamente la presencia de los elementos subjetivos del tipo penal debería ser exigida más escrupulosamente que la de obligación civil incumplida. El bien jurídico protegido – vida y salud de la persona - vinculado a la obligación genérica contenida en el principio neminem laedere, [191] y a la específica de conocer y cumplir las reglas de la citada *"lex artis"*, se encuentra en las normas civiles y en las penales mencionadas, los sujetos activos y pasivos de la acción – objeto material – y de bien jurídico, las relaciones causales o imputación objetiva vinculando la conducta activa o pasiva con el resultado acaecido... se encuentran en términos prácticamente idénticos en ambos sectores del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisdicción[192].

Sin entrar en detalles, cabría resumir tal coincidencia afirmando que las obligaciones incumplidas de la ley, del contrato o del cuasidelito, en estos actos sanitarios, están determinadas y generadas fuera del Derecho Penal (en el civil o en las normas de otra naturaleza, a las que las civiles se remiten expresa o tácitamente), que configura sus tipos delictivos acudiendo a la modalidad de norma penal en blanco o, al menos, de la inclusión en el tipo de elementos jurídico normativos, modalidades que, en definitiva, significan que, para la existencia de un injusto penal, es condición necesaria y, en la práctica suficiente, para que esté presente, por esos mismos hechos un injusto civil, que la norma penal se limita a reforzar adicionando a la responsabilidad civil la punitiva.

Esta accesoriedad de la protección penal se traduce, en el ámbito procesal penal, en cuestiones prejudiciales (artículo 3 y siguientes de la LECrim. y artículo 10 de la LOPJ) que, aun cuando

190 Arts. 3 y 6 de la LGS.

191 Coincidente con el principio bioético de beneficencia, clásicamente inspirador del quehacer médico desde Hipócrates (siglo V adC) junto con la proposición "primero no hacer daño". Consiste en procurar beneficios al paciente con la práctica de la medicina.

192 L. MARTÍNEZ CALCERRADA. *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario. Tomo I. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (MARTINEZ CALCERRADA, L. y DE LORENZO Y MONTERO, R. Coord.). Ed. COLEX. Madrid. 2001. Págs. 464 a 507.

de ordinario serán meramente incidentales y, por tanto, a resolver por el propio Orden Jurisdiccional Penal, no por ello dejan de afectar a la mecánica de instrucción y enjuiciamiento de estas causas penales, en el sentido de necesitar el Juez plantearse y resolver cuestiones jurídicas no penales, íntimamente vinculadas a aspectos periciales y, en definitiva, parte del sustrato fáctico a reconstruir y, posteriormente, valorar en el proceso.

En esta perspectiva procesal también existen otras relaciones de identidad o, al menos, de semejanza entre los procesos civiles y penales, relativos a resultados antijurídicos derivados de actuaciones médicas o quirúrgicas, surgiendo, como primera relación, la consistente en hacer depender la existencia o ausencia de responsabilidad penal y, previamente, la iniciación y mantenimiento del proceso penal, de la ausencia o presencia de pago de indemnización a los perjudicados, lo que convierte, total o parcialmente, al Orden Penal y a la responsabilidad de este carácter en un puro instrumento de presión y de cauce de acceso a la responsabilidad civil, que es la pretensión final y principal. [193]

El carácter prácticamente privado de las faltas de imprudencia, en supuestos de muerte o lesiones, refuerza esta conclusión práctica.

En materia de prueba, también los injustos penales y civiles se relacionan íntimamente. Por una parte, aun cuando la estructura de los hechos es, sin duda, la de una infracción de resultado (muerte o lesiones), vinculación causal o por imputación objetiva a uno o varios comportamientos activos u omisivos, existe una tendencia, por razones de justicia material, a castigar conductas lesivas de la *"lex artis"* aun cuando no esté plenamente probada la acción contraria a dichas normas técnico - deontológicas, haya sido causa o sea objetivamente imputable alguno o algunos de los miembros del equipo sanitario, o que la omisión de actos que se deberían haber practicado desde la idéntica perspectiva haya, hipotéticamente, permitido que tal evento acaeciera.

Se ha llegado a producir, de modo expreso, en el Orden Civil, y tácito en el Penal, una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de considerar que la mera posibilidad - hipótesis de que la acción u omisión[194] hubiera influido en el resultado letal o lesivo, no desvirtuada por

193 J. M MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ. *La responsabilidad civil y penal del anestesista.* Editorial Comares. Granada 1995.

194 La causa originadora del daño al sujeto perjudicado puede ser la simple inactividad, cuando la obligación hubiera sido haber actuado y no se hizo. STS3ª de 24 de septiembre de 2004.

el querellado o demandado, es suficiente para condenar por su reprochabilidad como mera conducta activa u omisiva. Pero esta cuestión se volverá a tratar posteriormente de forma más detallada.

En este sentido apunta el catedrático Bello Janeiro[195]: "*En todo caso, pues, habrá culpa no sólo cuando ésta se acredita fehacientemente, sino también si se demuestra que entre el proceder del médico y el resultado dañoso no concurre ninguna circunstancia ajena al curso natural de los acontecimientos, de acuerdo con el necesario nexo causal…"*

La tendencia jurisprudencial, tanto en el Orden Civil como en el Penal, puede decirse que sigue dos vías paralelas: la mencionada acentuación del desvalor de la conducta sin probar plenamente su vinculación con el resultado producido y la objetivación de la responsabilidad civil al aceptar, en parte, que la actividad médica y quirúrgica tiene notables y abundantes riesgos para los pacientes. Este segundo aspecto lleva también a que se produzca cierta objetivación en la responsabilidad penal, tanto por las razones procesales de instrumentalidad del Orden Penal, ya mencionadas, cuanto por los márgenes valorativos que al juzgador ofrecen los delitos imprudentes de comisión por omisión, en los términos que se comentarán posteriormente.

Por tanto, puede decirse que los injustos penales y civiles son en gran parte coincidentes y, aun cuando desde el punto de vista dogmático, existan diferencias, principalmente, en el sector de los elementos subjetivos, en la práctica, tales diferencias se difuminan. Si existe o no conducta inadecuada respecto a la *"lex artis"*, si tal conducta es o no causa de resultado producido tanto en términos reales – acción – como hipotéticos – omisión – y si, en definitiva existe imprudencia, ignorancia, negligencia o inobservancia de un deber de cuidado, son factores comunes a ambos injustos[196].

A su vez, constatada la imprudencia, su graduación también termina siendo un problema de arbitrio judicial, expresamente reconocido en el ámbito civil (en este sentido se cita el artículo 1103 del CC) y tácitamente en el Penal, al resultar la valoración de la imprudencia en grave o leve un juicio de valor.

195 Domingo Bello Janeiro. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria.* Colección de Derecho de Daños. Editorial Reus 2013.

196 J. M. MARTÍNEZ – PEREDA DODRÍGUEZ y R. DE LORENZO Y MONTERO. *Los Médicos y el Nuevo Código Penal.* Editores Médicos, S. A. Madrid 1997. Págs. 5 y ss.

La identidad de bienes jurídicos protegidos y la consiguiente superposición del ilícito penal sobre el civil, explican esta coincidencia básica, fundamentándose la calificación de dichas circunstancias ilícitas y la extensión de la actividad sanitaria en razones de justicia material que, para evitar en el futuro que se refuerce la dogmática y la legislación penal, se podría abogar por la solución de admitir la responsabilidad penal de las personas morales al estilo del Código Penal Francés de 1992, [197] con el fin de evitar que sea necesaria la condena de una persona física para que exista responsabilidad civil nacida del delito y, en particular, responsabilidad civil subsidiaria de las entidades de las que dependan los sanitarios infractores y, también directa, de las Compañías Aseguradoras.

En la legislación civil se tiende a configurar la actividad sanitaria como generadora de riesgo y, consecuentemente, convertir la responsabilidad civil en objetiva, garantizada con un seguro de responsabilidad, poniéndose así de manifiesto los inconvenientes a los que alude la STS1ª de 7 de febrero de 1990, consistentes en la posible influencia del automatismo de la indemnización en la disminución de la diligencia por parte de los operadores médicos o quirúrgicos, inconvenientes eludibles si se mantiene la responsabilidad civil directa y subsidiaria derivada de la penal para supuestos de negligencia.

En cierto modo, ya se observan estos criterios en el ámbito de la sanidad pública, cuando se exige a los Servicios de Salud indemnización como consecuencia del funcionamiento de un servicio, responsabilidad de la que sólo puede librarse cuando el daño se deba a causas de fuerza mayor o culpa del propio perjudicado (STS3ª de 15 de julio de 1991).

Desde la vertiente procesal, a veces se tiende a objetivar la responsabilidad mediante la culpa virtual, con inversión de la carga de la prueba (STS1ª de 12 de febrero de 1990), la consideración de ciertas intervenciones y tratamientos médicos como obligaciones de resultados más que de medios, siendo relevante en sí la no obtención del mismo tras el tratamiento – cirugía plástica – [198] o cuando el resultado es desproporcionado o ha habido falta de cooperación del médico en la aportación de pruebas (SSTS1ª de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 27 de junio de 1997, 28 de julio de 1997 y 29 de julio de 1998).

197 Tal y como ha acontecido en nuestro país con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, y el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de determinados delitos.

198 R. DE ANGEL YAGÜEZ. *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*. Editorial Civitas 1999.

En este sentido de acumulación de elementos negativos, en el órgano actuante, que configuran, finalmente, el daño al perjudicado se ha pronunciado la Audiencia Provincial de Pontevedra[199] cuando examinó el caso de: "*…falta de diligencia precisa por los profesionales del centro hospitalario intervinientes, tanto en la demora en adoptar las medidas precisas para solucionar el problema respiratorio que se planteó, tras apreciar la existencia de los primeros síntomas que señalaban la existencia de dichos problemas respiratorios en el paciente, como en la ineficiente actuación posterior llevada a cabo en quirófano desencadenante de la parada cardiorespiratoria, que finalmente pudo ser resuelta aunque con graves secuelas para el paciente… tetraparesia espástica-atáxica, afectación de funciones cognitivas, síndrome mioclónico postanóxico y disartria severa… situación que le obliga a desplazarse en silla de ruedas y ser dependiente de terceras personas para todas las actividades de la vida diaria.* La figura del daño desproporcionado es abordada conceptualmente en esta decidida resolución judicial como aquel que*: "…no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y la presunción de culpa"*

Desde un punto de vista doctrinal, la figura jurídica del daño desproporcionado la perfila el profesor Bello Janeiro[200]: *"…se desprende la culpabilidad del autor de acuerdo con la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia… lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente y que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto."*

También se obtiene una práctica inversión de la carga de la prueba argumentando que la mera probabilidad hipotética de influencia de la conducta sobre el resultado, es suficiente para fundamentar una resolución condenatoria (SSTS1ª de 20 de enero de 2011, 31 de julio de 1996, 7 de abril de 1997 y 6 de mayo de 1998). Sin embargo, la doctrina oficial parece

199 Sentencia de 22 de septiembre de 2014.

200 D. Bello Janeiro. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria.* Colección de Derecho de Daños. Editorial Reus 2013.

inadmitir la responsabilidad civil sin culpa o negligencia (SSTS1ª de 23 de junio de 1991, 9 de febrero de 1994 y 7 de junio de 1994), no siendo aplicables a estos ámbitos los principios que rigen la legislación de defensa de los consumidores y usuarios (STS1ª de 22 de julio de 1994), si bien se tiende a exigir especial diligencia en esta actividad, calificándola, al uso anglosajón, como diligencia "propia de las obligaciones de mayor esfuerzo" (STS1ª de 24 de abril de 1994). En este mismo sentido rige la idea de que el contrato civil de arrendamiento de servicios médico quirúrgicos no es de obra sino de servicios, garantizándose sólo la correcta aplicación de tal servicio, aun cuando no se alcance, o evite el resultado apetecido (STS1ª de 10 de octubre de 1994) si bien siempre existe la obligación de los servicios sanitarios de informar sobre la posibilidad de lograr, o no, tales resultados (protocolos de consentimiento informado) y, en su caso, los riesgos que supone el tratamiento, criterio en virtud del cual se condenó al médico que practicó la vasectomía sin advertir que no es un procedimiento completamente infalible, tras acaecer un embarazo gemelar en un matrimonio en el que el marido se había sometido a dicha intervención (STS1ª de 25 de abril de 1994) y todo ello, con excepción de los resultados médicos o quirúrgicos que ofrezcan un resultado cierto al paciente.

Concretamente, estos supuestos de resultado pactado (obligaciones de resultado) y no obtenido, que pueden estar ajenos al ámbito curativo de la Medicina o Cirugía (Medicina satisfactiva), más claramente situados en el ámbito de una responsabilidad derivada del incumplimiento de un contrato, pueden constituir caso en el que el injusto penal y el civil se distancien.

No obstante, cuando el resultado no obtenido carece de consecuencias perjudiciales para la salud, afectando sólo al ámbito patrimonial, se podría plantear la posible concurrencia de un delito de estafa; por otra parte, si el efecto acaecido y diverso del querido tiene efectos lesivos para la salud, ese distanciamiento puede reducirse o desaparecer, al coincidir en estos supuestos, el ilícito civil y el penal.

No parece necesario insistir en las patentes diferencias entre las responsabilidades civiles y penales, aun cuando estas últimas resulten con frecuencia meramente simbólicas y pura "percha" de las civiles, que son, como se ha dicho, la principal y prácticamente pretensión única de los perjudicados. Asimismo, cabe resaltar también los daños morales que se incluyen en esta responsabilidad civil (STS1ª de 23 de abril de 1992 y de la STS3ª, de 27 de febrero de 1995).

Fuera ya de los ámbitos civil y penal, y por lo que respecta a la responsabilidad patrimonial, cabe aludir al carácter objetivo y directo de la misma, ya que, como es bien sabido, el criterio diferenciador de esta responsabilidad es que prescinde del elemento tradicional de ilicitud o culpa.

La previsión constitucional al respecto[201] es el resultado de un largo proceso evolutivo, en virtud del cual la responsabilidad de la Administración queda comprometida sin más desde el momento en que se aprecie un daño cierto imputable a ella, bien por razón del riesgo creado o del provecho obtenido, bien por aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas, siempre que, en este último caso, el perjuicio cuya reparación se solicita tenga un carácter especial y anormal, en relación con las cargas generales que la convivencia impone a todo ciudadano.

En los ordenamientos jurídicos continentales, la tendencia a la objetivación no ha dejado de manifestarse, superando los planteamientos subjetivos basados en la culpa, para situar el centro de atención en la persona de la víctima a la que la comunidad no puede dejar desamparada, en aquéllos casos en que el perjuicio producido proviene de actividades y funcionamiento de servicios públicos, en que es beneficiaria la comunidad misma en su conjunto, y no los individuos aisladamente considerados.

La evolución legislativa desde el artículo 1902 y 1903 del CC[202], pasando por la LRJAE (ex art. 40 y 41), Ley de Expropiación Forzosa y Constitución Española, culmina, como ya se dijo, en la LRJAP-PAC, por la que la responsabilidad de la Administración se configura de modo directo y objetivo, siguiendo la pauta iniciada por el artículo 121 de la LEF[203].

201 E. RUIZ VADILLO. *La sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales, aspectos constitucionales*. Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1997. Pág. 1 y ss.

202 L. RODRIGUEZ RAMOS. *Las responsabilidades civil y penal en la actividad médica y quirúrgica*. En Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario. (L. MARTINEZ CALCERRADA y DE LORENZO MONTERO, R, coord...). Tomo II. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Editorial COLEX. Madrid. 2001. Págs. 878 a 881.

203 Ante la Jurisdicción Contenciosa en exclusiva, actualmente. tras la publicación de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 2.008, tras la publicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa de 13 de julio de 1998 las reclamaciones contra la Administración aparecen concentradas en la jurisdicción contencioso administrativa, al establecer en su artículo 2 apartado e) la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas "cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social", atribución competencial exclusiva que confirma y reproduce la Ley Orgánica 6/98, también de 13 de julio de 1998 (RCL 1998, 1735) , dando nueva redacción al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el cual en su apartado segundo

Responsabilidad directa, en cuanto la Administración responde de los daños cometidos por sus agentes de modo directo, y no subsidiario, sin perjuicio de que, en algunos casos, la Administración pueda repetir contra el agente culpable (ex 145.2 de la LRJAP-PAC)

Además, es una responsabilidad objetiva en cuanto no requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil y Penal, aunque flexibilizada por la tendencia objetivadora de los últimos años. *La generalidad de los autores la califican de responsabilidad extracontractual por estar dentro de las competencias de sanidad y preservación de salud, como extracontractual es en general la responsabilidad patrimonial administrativa…sin desconocer que es perfectamente posible una responsabilidad contractual por asistencia sanitaria…que se regirá…por el Código Civil)*[204]*"*

En este sentido hay que entender la referencia legal al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, referencia esta en virtud de la cual quedan de este modo incluidos en la fórmula legal no sólo los daños ilegítimos, que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes, sino también los daños producidos por una actividad perfectamente lícita lo cual supone la inclusión, dentro del término de cobertura patrimonial, de los daños causados involuntariamente o, al menos, con una voluntad meramente incidental, no directamente dirigida a producirlos y, en definitiva, los resultantes del riesgo creado por la existencia misma de ciertos servicios públicos.

Actualmente, nuestra jurisprudencia[205] viene estableciendo que la responsabilidad patrimonial exigida a la Administración Sanitaria, por la deficiente prestación del servicio público de salud, es de carácter objetivo, lo que implica sostener una responsabilidad sin culpa a imagen de toda voluntariedad, y ello siempre que concurran los siguientes presupuestos:

señala "Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional".

204 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 155.

205 A. PALOMAR OLMEDA y otros. En *Manual Jurídico de la Profesión Médica*. Obra citada. Págs. 1117 a 1135.

i. Un efectivo e individualizado daño[206] evaluable económicamente[207]; daño además antijurídico en el sentido de que el particular no esté obligado a soportarlo, por no existir una causa de justificación que lo legitime.

ii. Una actuación u omisión imputable a la Administración.

iii. La necesaria relación de causalidad que viene a anudar tal actuación y el resultado producido.

iv. La ausencia de fuerza mayor.

b) La objetivización de la responsabilidad del médico

Uno de los aspectos más determinantes de la organización sanitaria existente en todo Estado de Derecho es, sin duda, la concreción del alcance de la responsabilidad sanitaria como consecuencia de los actos de los médicos encuadrados en el Sistema de Salud[208].

La determinación, en este punto, de los derechos y deberes de los pacientes, la fijación del estatuto jurídico por el que se rigen médicos y, a la vez, la incorporación de las más avanzadas tecnologías en el tratamiento y curación de las enfermedades, hacen que, hoy en día, sea necesario replantearse el alcance de la responsabilidad por las lesiones sufridas en el ámbito de la actividad sanitaria.

Es, quizá, en el ámbito del ejercicio de las profesiones sanitarias donde se aprecia con mayor intensidad la dimensión social del derecho; las normas jurídicas regulan el Sistema de Salud como exponente de los derechos de los pacientes, en el seno de intereses colectivos o generales del grupo social.

206 STS3ª de 31 de octubre de 1994: "……la existencia de una lesión, física o moral, o de un daño, traducible en una indemnización económica individualizada, constituye el núcleo esencial de tal responsabilidad patrimonial. Tal daño debe de ser real y efectivo, no traducible a meras especulaciones o simples expectativas y pesando sólo al interesado la carga de la prueba del mismo".

207 STS1ª de 4 de diciembre de 1980:" …"Evaluación económica significa aquí, ser susceptible el daño de proporcionar compensación con un beneficio económico o dinero, a manera de lo que metafóricamente se ha llamado por la doctrina civilista precio del dolor".

208 M. ALONSO OLEA. *Responsabilidad del hospital por acto del médico*. Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 79. 1996. Págs. 777 a 786.

Resulta evidente, en tal sentido, que los facultativos, para el correcto ejercicio de la profesión, y para desempeñar unas prácticas acordes con el avance científico, tienen derecho a contar con un cuadro normativo claro y seguro que facilite la problemática, no siempre fácil, de la toma de decisiones en el área de la salud.

Se nos presenta así la salud pública, el derecho a la protección de la salud de todos los ciudadanos, como una empresa plural en la que están llamados a participar los poderes públicos, los colegios profesionales y las iniciativas particulares, constituyéndose, de este modo, la protección de la salud, como un derecho de todos y en el que todos son partícipes y destinatarios.

Centrándonos en el tema que nos ocupa, esto es, el proceso hacia la objetivización de la responsabilidad de los médicos del Sistema Nacional de Salud, conviene partir, para su adecuado análisis, de la reforma llevada a cabo en la LOPJ, a través de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, que modificó el artículo 9.4 de la primera de ellas, quedando redactado en los siguientes términos:

"Los (Juzgados y Tribunales) del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución, de conformidad con lo que establezca la Ley de esa jurisdicción. También conocerán de los recursos contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan la vía de hecho.

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional".

Paralelamente a la reforma expuesta, la entrada en vigor de la LRJCA impone también el conocimiento por dicho Orden Jurisdiccional de las cuestiones que se susciten en relación con *"la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la*

naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social"[209].

Se pretendía, a través de las medidas legales expuestas, poner fin a la confusión existente respecto al Orden Jurisdiccional competente para el conocimiento de este tipo de reclamaciones.

Si se toma como ejemplo la Sentencia dictada por la STS1ª de 5 de julio de 1986, la cual, para evitar el denominado "peregrinaje jurisdiccional", frase esta que ha hecho fortuna en la doctrina, para atender a razones de equidad y justicia material, concedió la tutela judicial efectiva, en vía civil, a una reclamación de indemnización por daños y perjuicios por el funcionamiento deficiente de un servicio público de salud, podemos observar, en los últimos años, cómo la responsabilidad patrimonial derivada de la deficiente prestación de la asistencia sanitaria integrada en el sistema público de salud, ha venido sustanciándose, indistintamente, en las Jurisdicciones Civil, Contencioso Administrativa y Social, no existiendo ninguna duda, respecto a la Jurisdicción Penal, que la misma resulta preferente para el conocimiento de los hechos si los mismos fuesen constitutivos de infracción penal.

Esta inicial confusión respecto de la Jurisdicción competente para el conocimiento de los procesos que se vienen examinando provocó, ya inicialmente, un efecto perverso: la falta de unidad de doctrina en una materia de excepcional importancia, al no ser interpretada la responsabilidad con los mismos criterios, según la Jurisdicción que intervenga y, precisamente por ello, con el objeto de neutralizar los argumentos de la doctrina y de cierta jurisprudencia que venían exigiendo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 122.1 de la CE, que la atribución competencial a las distintas Jurisdicciones tenga rango orgánico, el legislador ordinario no dudó en utilizar este instrumento normativo de primer orden.

Si bien es cierto que la cuestión de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, también lo es que uno de los puntos más polémicos de su aplicabilidad en la práctica ha sido la pluralidad de Jurisdicciones ante las que puede sustanciarse una reclamación indemnizatoria frente a tales Administraciones.

209 C. I. ASUA GONZÁLEZ. *La responsabilidad civil médica.* En tratado de responsabilidad civil L. FERNANDO REGLERO CAMPOS (COORDINADOR). Editorial Thompson Aranzadi. 2003. Páginas 1031 ss.

El profesor Bello Janeiro[210] hace un resumen clarificador de la situación competencial de los tribunales en este asunto, a la luz de la actual normativa: "*Hasta las últimas reformas normativas en el ámbito administrativo, la mayor parte de las demandas contra la Administración en tema sanitario se planteaban ante la jurisdicción civil de acuerdo con las normas del Código Civil… pero en la actualidad, la responsabilidad – patrimonial – de la Administración Sanitaria, salvo en la condena penal, sólo puede ser planteada ante la jurisdicción contencioso administrativa… al margen del criterio de imputación tradicional sustentado en la culpa, incluso para exigir, por parte del dañado, responsabilidad civil al personal al servicio de la Administración"*

Desde la perspectiva constitucional, el artículo 106.2 de la CE, en donde se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, constituye la norma básica en la materia.

Por su parte, el artículo 149.1.18 CE reconoce la competencia exclusiva del Estado para establecer la legislación básica sobre el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas.

Sin embargo, los conflictos de competencia existentes entre la Jurisdicción Civil y la Contencioso Administrativa por el conocimiento de los asuntos en que se exija responsabilidad a las Administraciones Públicas Sanitarias, o a su personal dependiente, derivan de la naturaleza, pública o privada, de la relación de la que deriva la responsabilidad.

Esta cuestión ha dado lugar a diversas, y, en ocasiones, contradictorias interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales de tal cuestión.

Así, en ocasiones, la Sala Primera del Tribunal Supremo, sobre todo cuando no se invoca la competencia de la Jurisdicción Civil en las actuaciones judiciales, ha entrado a conocer de supuestos de responsabilidad de la Administración que, al afectar al desenvolvimiento de un servicio público[211], deberían residenciarse en la Jurisdicción Contenciosa.

---

210 Domingo Bello Janeiro. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria.* Colección de Derecho de Daños. Editorial Reus 2013.

211 Entendiendo por tal, según *S*STS4ª de 5 de junio de 1989 y 5-6-1989 y 22 de noviembre de 1991: "… Toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa, ejercida e incluso con la pasividad u omisión de la Administración cuando tiene el deber concreto de obrar o comportarse de modo determinado…".

En este sentido, la jurisprudencia de dicha Sala Primera, en ocasiones, para justificar su competencia en materia de daños producidos por una Administración Pública, relegó la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a los supuestos en los que ésta ejercita potestades soberanas o actúa con autoridad, expresión carente del necesario rigor técnico – jurídico para comprender muchos servicios públicos que constituyen una exigencia ineludible de las Administraciones Públicas.

Así, por ejemplo, las SSTS1ª de 5 de mayo, 21 de septiembre de 1988 y 30 de julio de 1991, resuelven reclamaciones deducidas, por daños y perjuicios, contra un Ayuntamiento, como organizador de unas fiestas, en las que se lanzaron cohetes que provocaron daños a los asistentes.

En otras ocasiones, se fundamentó la competencia del Orden Jurisdiccional Civil, en detrimento del Contencioso Administrativo, en una concepción restrictiva de lo que ha de entenderse por "servicio público", como se manifiesta en las SSTS1ª de 8 de abril y 29 de diciembre de 1995.

Efectivamente, para la jurisprudencia civil, el concepto de servicio público se asocia a formas públicas de personificación y se limita a supuestos en los que, en su gestión, se aplican normas de Derecho público, con riesgo de desconocer las nuevas formas de actuación de las Administraciones Públicas en la, también gráficamente, denominada "huida del Derecho Administrativo".

En la Jurisdicción Civil, como es lógico, no suele discernirse el carácter con el que el médico, o el profesional sanitario en términos más amplios, se incorpora a la Administración Sanitaria, ignorándose su condición de agente de la Administración, dada su naturaleza de personal estatutario y contemplándole como un mero "particular" que, al ser codemandado con la Administración, genera un litisconsorcio pasivo que justifica la "vis atractiva" de la Jurisdicción Civil, como Jurisdicción Ordinaria.

Pero, además de la reforma de la LOPJ (artículo 9.4) y la entrada en vigor de la LRJCA, la promulgación de la LRJAP-PAC, abunda en la atribución del conocimiento de las cuestiones

En parecidos términos en lo contencioso STS3ª de 22 de marzo de 1995: "…*como servicio público toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa.*

de responsabilidad derivadas de la actuación de los médicos del Sistema Nacional de Salud al Orden Judicial Contencioso Administrativo[212].

En efecto, dicha Ley pretendió significar un cambio radical en cuanto al tratamiento de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, tanto en relaciones de Derecho Público, como Privado ya que, además de establecer el artículo 139.3 sobre responsabilidad por actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, y el artículo 140, acerca de la responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas, intentó solventar de manera definitiva la unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial.

Después de la publicación de la citada LRJAP-PAC, y del RPRP[213] pareció claro que la revisión jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial, cualquiera que hubiese sido la naturaleza jurídica de la relación que dio lugar a ella, se llevará a cabo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El ASCCT de 7 de julio de 1994, aplicó, por primera vez, las consecuencias unificadoras antes apuntadas, resolviendo el supuesto de hecho determinante del conflicto, consistente en una reclamación de daños y perjuicios, por prestación incorrecta de la asistencia sanitaria, deducida contra el Instituto Catalán de la Salud, por el fallecimiento de una persona a consecuencia, se decía, de una transfusión sanguínea infectada del virus de la inmunodeficiencia humana, resolviendo atribuir la competencia para el conocimiento de la cuestión al Orden Judicial Contencioso Administrativo.

Asimismo, en el año 1996, en dos ASCCTS de 25 de octubre y 10 de diciembre, la Sala de Conflictos volvió a mantener la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en resoluciones relativas a responsabilidad derivada de deficiente prestación de la asistencia sanitaria.

Como ha quedado expuesto, hoy es pacíficamente admitida la competencia jurisdiccional del orden contencioso administrativo para conocer las reclamaciones de responsabilidad

212 J. J GONZÁLEZ RIVAS. *La sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales, aspectos contencioso – administrativos.* Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina Madrid, 1997.

213 Real Decreto 426/1993, de 26 de marzo, sobre procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

patrimonial, si bien es posible la presentación ocasional de demanda ante la jurisdicción civil: *"… porque el artículo 9.4. LOPJ se refiere a acciones legales contra la Administración y alguien más, con lo que cuando se demande directamente a otra persona (Compañía aseguradora en acción directa, por ejemplo) sí será competente la jurisdicción civil. No obstante…a los funcionarios hipotéticamente culpables no se les podrá demandar ante la Jurisdicción civil*[214]*"*

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por actos legislativos o por el funcionamiento indebido de la Administración de Justicia, se recoge en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y es objeto de particular atención en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En esta norma se mencionan los "actos legislativos de naturaleza no expropiatoria" normas con rango de Ley declaradas inconstitucionales o normas contrarias al Derecho de la Unión Europea (artículo 32.3), y la responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia (artículo 32.7). Esta Ley mencionada entrará en vigor el día 2 de octubre de 2016, conforme a su Disposición Decimoctava.

c) El desplazamiento de la responsabilidad al titular del centro sanitario y a la organización sanitaria

El ASCTS el 7 de julio de 1994, por primera vez, sienta la competencia prevalente de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de las reclamaciones contra la Administración, después de la entrada en vigor de la LRJAP-PAC.

La Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, al resolver qué Jurisdicción debe de conocer una pretensión resarcitoria deducida contra Entidades, Servicios Comunes y Organismos de la Seguridad Social, (hoy Sistema Nacional de Salud), por la defectuosa prestación de la asistencia sanitaria que los mismos prestan, establece que:

"En realidad, la unidad procedimental, jurisdiccional y de régimen jurídico a que se viene haciendo referencia no es otra cosa que una consecuencia lógica del sistema único, directo y objetivo de la

214 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 140.

responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene por causa el funcionamiento de los servicios públicos, cláusula ésta que engloba cualquier tipo de actuaciones extracontractuales de aquélla... y la nota esencial del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es su carácter objetivo, vinculado exclusivamente al funcionamiento de los servicios públicos, incluso en condiciones de normalidad, de tal suerte que la obligación de indemnizar el daño surge con total independencia de la valoración reprobable de la conducta que lo pudiera haber causado y su antijuricidad o ilicitud se produce por la mera inexistencia, en el particular lesionado, del deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley".

Una excepción de tal importancia, además de colisionar con la generalidad con que configura el artículo 106.2 de la CE el derecho a ser indemnizado[215] por las lesiones derivadas del mero funcionamiento de los servicios públicos, exigiría una previsión específica de la LRJAP-PAC, a la que no puede equivaler lo establecido en su Disposición Adicional Sexta, que se refiere genéricamente a actos de la Seguridad Social y desempleo y no, por tanto, a pretensiones de responsabilidad patrimonial derivadas de lesiones causadas en la actividad prestacional de las II.SS. del Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, resultaría igualmente anómalo que un particular no comprendido en el campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, ante una lesión derivada de una prestación sanitaria de alguna de sus Entidades Gestoras o Servicios Comunes, tuviera, por la mera prestación de esa actividad, claramente comprendida en la de servicio público, derecho a indemnización bajo el régimen jurídico propio de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre todo con su carácter objetivo y, en cambio, de estar encuadrado en la referida esfera de aplicación, su derecho había de ser ventilado dentro del ámbito de la función protectora y, consiguientemente, con supeditación a las nociones de culpa, defecto o insuficiencia en la prestación, o, al menos, de imputabilidad del daño al tratamiento médico, es decir, no exclusivamente por el mero funcionamiento del servicio y la ausencia del deber jurídico de soportar el daño.

Quiere decirse con ello que no se trata de que, en el ámbito del Derecho laboral gane terreno, día a día, como entendió, por ejemplo, la STS4ª de 20 de abril de 1992, el principio de la responsabilidad objetiva impuesto por la exigencia de eficacia en la prestación sanitaria, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 7 de la LGS, sino que la Jurisdicción Social, en buena

215 F. REGLERO CAMPOS. *Conceptos generales y elementos de delimitación*. En Tratado de Responsabilidad Civil. Obra citada. Pág. 1032.

técnica jurídica, nunca podría aplicar un régimen de responsabilidad objetiva puramente administrativo, aunque bien es cierto que, en la práctica, la tendencia objetivadora de la responsabilidad se haya generalizado en el ámbito de las relaciones laborales.

Por su parte, el voto particular al ASCCTS de 7 de julio de 1994 – fecha ésta en la que la asistencia sanitaria pública se prestaba por el INSALUD, entidad Gestora de la Seguridad Social – o por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas que tenían transferida las funciones y servicios de dicha Entidad Gestora - recuerda, respecto a la competencia jurisdiccional, que, con anterioridad a la publicación de la LRJAP-PAC, la jurisdicción competente para conocer las reclamaciones por razones de defectuosa asistencia médica prestada por, en aquella fecha, Entidades Gestoras de las prestaciones de la Seguridad Social, correspondía a la Jurisdicción Social, y no a la Contencioso Administrativa, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia de la propia Sala de lo Social del Tribunal Supremo (entre otras, STS4ª de 19 de abril de 1990, 6 de mayo de 1992, 20 de abril de 1992 – esta última dictada en proceso de unificación de doctrina – y ASCCTS de 21 de junio de 1991).

El estudio de dicha normativa, en relación con lo que disponía en la fecha en que se dictó el Auto por la LOPJ, llevaba, a juicio del formulante del voto particular, al mantenimiento de la competencia del Orden jurisdiccional social para el conocimiento del litigio planteado, y ello por lo siguiente:

i. Tanto antes, como después de la promulgación de la LRJAP-PAC, lo que se impugna no es un acto administrativo, separable de la prestación de asistencia integrada en la acción protectora de la Seguridad Social. No es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho Administrativo aunque en materia social (artículo 3 de la LPL), sino que su sujeción está en el Derecho social. Así resulta del artículo 2 de la LPL[216], cuando establece que los órganos jurisdiccionales sociales conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social. La contingencia protegida por la Entidad gestora responsable de la prestación de asistencia sanitaria es el restablecimiento de la salud a que tiene derecho el beneficiario de la Seguridad social, como manifestación de la acción protectora de la Seguridad social comprometida en el artículo 41 de la CE, y ello no cabe duda que es materia social.

216 A. MONTOYA MELGAR, J. M GALIANA MORENO y V. SEMPERE NAVARRO. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral.* 2ª Edición. Editorial Aranzadi. Madrid. 2003.

ii. En consecuencia, la no atribución de la competencia para el conocimiento de este tipo de litigios a la Jurisdicción Social sólo estaría justificado dado el principio de reserva de ley establecido en el artículo 9.4 de la LOPJ, cuando una norma de igual rango inequívocamente así lo estableciera, sin dudas ni confusión, dado lo terminante de dicha normativa y, la LRJAP-PAC, nada dice inequívocamente en su texto.

iii. Nada de lo anterior lo puede contradecir el contenido de la Disposición Adicional del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprobó el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP), pues si bien es cierto que allí expresamente se establece que la tramitación será administrativa y contencioso administrativa, aquél se excede de su carácter reglamentario, atribuyéndose *ultra vires* competencias no definitivas derivadas inequívocamente de la Ley; tratándose, como se ha dicho, de una cuestión de legalidad, no puede sustraerse el Orden Social del conocimiento de la materia discutida, si no hay una Ley que así lo diga, pues en otro caso se vulneraría el artículo 6 de la LOPJ, y no se diga que el Reglamento se limita a desarrollar lo que está en el espíritu de la LRJAP-PAC, y su intención de unificar en su único Orden Jurisdiccional el conocimiento de todos los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues dichas interpretaciones olvidan lo dispuesto en el artículo 117.3 de la CE, y el artículo 9.4 de la LOPJ y, que sólo como se ha dicho, cuando inequívocamente así se establezca, cabría aceptar la tesis a favor de la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo; no es posible sostener que el Reglamento aclare o supla lo que está en la Ley sin claridad, o lo que ésta no dice en materia de atribución de competencia.

De la misma forma que cuando no hay prestación sanitaria, y se pide el reintegro de los gastos ocasionados por dicha por utilización de servicios ajenos a la Seguridad Social[217] nadie discute la competencia del Orden social para el conocimiento de la reclamación, por tratarse de una manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social (artículo 41 CE), también cuando la reclamación es por una prestación defectuosa, al ser igualmente manifestación de igual acción protectora

217 STS4ª de 7 de octubre de 1996. deniega el reembolso de los gastos ocasionados por un trasplante renal en el extranjero. Se trataba de una paciente que encontrándose en programa de diálisis renal, se hallaba en lista de espera para trasplante de riñón, desde marzo de 1989. En 1990 acudió al Hospital Hermann de Houston, en Estados Unidos a realizarse un trasplante renal, ocasionando gastos por más de 18 millones de pesetas. Solicitado el reintegro de los mismos, al Instituto Nacional de la Salud, le fueron denegados.

de la Seguridad Social la competencia es del Orden social; lo contrario implicaría dividir lo que no debe dividirse, evitando con ello pronunciamientos contrarios.

iv. La LRJAP-PAC, lo que hace es establecer, conforme al artículo 149.18 de la CE, las bases del régimen jurídico común a todas las Administraciones Públicas, regular su procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad de las mismas (Apartado II de su Exposición de Motivos). Lo que hace su artículo 2 es delimitar su ámbito de aplicación, al Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades de la Administración Local, así como las Entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de la Administración Pública. Pues bien, se cuida de decir el artículo 2.2 de la Ley que *"estas entidades sujetarán su actividad a la presente ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación"*. Y esta es la cuestión[218]: la Entidad Gestora que asumía la prestación sanitaria de los sujetos protegidos por el Sistema de la Seguridad Social (artículo 98 y siguientes de la LGSs) era el INSALUD; la contingencia protegida, como ya se ha dicho, es el restablecimiento de la salud, a lo que tiene derecho el beneficiario de la Seguridad Social, recayendo sobre la Entidad Gestora la responsabilidad de hacer efectiva la prestación (artículo 23.1 de la LGSS). El artículo 2 de la LRJAP-PAC, deja a salvo la singularidad prestacional de la Seguridad Social, que se rige por la LGSS; cubre una prestación y no ejerce ahí potestad administrativa, bien que da cumplimiento a la situación de necesidad que le incumbe (artículo 41 CE). De no entenderse así, sobraría esta mención del artículo 2.2 de la LRJAP-PAC, y, sobre todo, su Disposición Adicional Sexta. En ella se precisa que la impugnación de los actos de la Seguridad Social se regirán por el artículo 2 de la LPL; esto es, los litigios que se promuevan en materia de Seguridad Social, es decir, la impugnación sobre las prestaciones, que es la más genuina manifestación de la acción protectora de la Seguridad Social. No, en cambio, la gestión recaudatoria, según dice la Disposición Adicional Sexta, coincidentemente con el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral. La Disposición Adicional Sexta de la Ley respeta en todo la LPL. Sólo así tiene sentido el mandato de dicha disposición pues, en caso contrario, sobraría la misma.

Sin embargo es lo cierto que, a pesar de la intensidad con que se formuló la polémica doctrinal y jurisprudencial antes descrita, resulta pacífica en el momento presente la determinación de que, cuando la organización o el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos produce

218 Sigue diciendo el voto particular.

un daño al paciente, que este no está obligado a soportar, la responsabilidad exigible por dicha circunstancia debe articularse a través de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas[219], salvo que se ejercite por el perjudicado la acción directa contra la compañía aseguradora de la Administración Sanitaria, en cuyo caso la acción procesal que se entable al efecto tiene carácter civil. Y, ninguna duda cabe de la competencia del Orden Jurisdiccional Civil para resolver las acciones de responsabilidad deducidas contra los profesionales sanitarios, los centros sanitarios o las compañías aseguradoras de asistencia sanitaria de la sanidad privada por parte de los pacientes, ya sean éstas de carácter mancomunado o solidario.

d) El desplazamiento de la responsabilidad a la compañía aseguradora

La única excepción al régimen de responsabilidad expuesto anteriormente con relación a los profesionales sanitarios o a las organizaciones sanitarias viene constituida por el ejercicio de la acción directa contra la compañía aseguradora[220].

La doctrina de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo lo ha declarado así[221], manifestando que *"…el ordenamiento atribuye a los perjudicados una acción directa contra el asegurador, siendo de recordar que, desde la Ley 50/1980, en el derecho español los perjudicados cuentan con la facultad de dirigirse directamente contra el asegurador para resarcirse de los daños y perjuicios que les haya irrogado el asegurado. Esta norma, peculiar de nuestro sistema, configura un derecho subjetivo de aquellos, de carácter autónomo e inmune a las relaciones entre las partes del contrato de seguro, que entronca con el derecho a la tutela judicial efectiva, ofreciéndoles una opción que facilita su ejercicio[222]; esta previsión normativa ha permanecido inalterada hasta nuestros días desde su introducción en 1980. El legislador, pese a sus numerosas*

219 Prevista en los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC y en su Reglamento de desarrollo (RPRP)

220 Prevista en el artículo 76 de la LCS, a tenor del cual el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido.

221 Auto 3/2010, de 22 de marzo (JUR 2010/112006)

222 Véase también, en este aspecto el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de fecha de 27 de diciembre de 2001, RJ 2002/4086.

intervenciones en el sector, no ha estimado oportuno cambiar su configuración y no ha introducido excepción alguna, ni siquiera para cuando el asegurado y, por consiguiente, el responsable principal del daño sea una Administración Pública".

Así pues, el artículo 76 de la Ley 50/1980 sigue reconociendo con idéntico alcance a los perjudicados la facultad de actuar directamente contra el asegurador, con independencia de quién sea el asegurado[223].

Por el contrario, nuestro ordenamiento ha cambiado, y mucho, en lo que atañe a la determinación de la jurisdicción competente para conocer las demandas de responsabilidad dirigidas contra las Administraciones Públicas, encaminándose hacia una centralización de dichas acciones en el orden contencioso - administrativo.

En este marco normativo, la jurisprudencia entendió que el conocimiento de las acciones en reclamación de responsabilidad por la actuación de las Administraciones Públicas, ex artículo 106.2 de la Constitución, correspondía a la jurisdicción contencioso -administrativa, salvo que los perjudicados decidieran ejercer contra la compañía aseguradora de la Administración la acción directa que les atribuye el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, en cuyo caso la competencia se reconocía al orden civil[224]. Esta línea jurisprudencial fue seguida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de mayo de 2007[225] que las promotoras de este conflicto invocan.

El artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial fue modificado de nuevo mediante la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, precisando que la jurisdicción contencioso – administrativa también es competente cuando la acción de responsabilidad se dirija directamente, junto con la Administración, contra su aseguradora. El artículo 2. e) de la Ley 29/1988 recibió una redacción coherente con el nuevo diseño mediante la disposición adicional decimocuarta de la mencionada Ley Orgánica 19/2003, de modo que la competencia de la jurisdicción contencioso - administrativa alcanza a los casos en los que las Administraciones "cuenten con un seguro de responsabilidad".

223 Sentencia 255/2012 de 12 de abril de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª en la que aparecen desdobladas la persona del perjudicado (reclamante) de la del asegurado (perceptor de la indemnización).

224 AASCCTS de 17 de diciembre de 2001 (conflicto 41/01), 21 de octubre de 2002 (JUR 2002, 12656 (conflicto 22/02) y 28 de junio de 2004 (RJ 2004,4641), entre otros muchos.

225 RJ 2007/4973. Recurso de Casación 2049/00.

De esta regulación, vigente en la época a la que se refieren los hechos de este conflicto y en la actualidad, se obtiene que el legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso - administrativa tanto las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora) como las entabladas por los mismos hechos contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque sólo de una forma indirecta sea responsable, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados[226].

Ahora bien, a este diseño, que es el actual, necesariamente le ha de quedar un portillo por qué dar respuesta a aquellas situaciones en las que el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado decida, en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dirigirse directa y únicamente contra la compañía aseguradora. En esta tesitura la competencia ha de corresponder necesariamente a la jurisdicción civil, pues no cabe acudir a los tribunales de lo contencioso - administrativo sin actuación u omisión administrativa previa que revisar ni Administración demandada que condenar[227]. Ante tal eventualidad no queda más opción que reconocer la competencia de los tribunales civiles (en este sentido se ha pronunciado, mediante un obiter dictum, el auto de esta Sala de 18 de octubre de 2004 (conflicto 25/04); es también la tesis que subyace a la sentencia de la Sala Primera, ya citada, de 30 de mayo de 2007, reproducida en la de 21 de mayo de 2008[228], salvo que, como han hecho en este caso los juzgados de lo contencioso - administrativo de Pamplona, se obliga a las demandantes a dirigirse también contra la Administración Pública asegurada.

Pero tal camino resulta impracticable, pues implica vaciar de contenido el derecho reconocido a los perjudicados por el artículo 76 de la Ley de 1980 para actuar única y exclusivamente contra el asegurador, desenlace inadmisible. Parece evidente que las reformas sobre la distribución de competencias entre jurisdicciones no puede alcanzar a negar un derecho reconocido en un precepto legal vigente, forzando a sus titulares a dirigirse, además de contra el asegurador, frente a la Administración, agotando previamente la vía ante la misma, para, después de obtener un resultado negativo promover un recurso contencioso - administrativo. Por ello, el texto del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial resultante de la modificación

226 ASCCTS de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/330795). Conflicto 6/09, Fundamento Jurídico Segundo.

227 Véanse los artículos 1, 31 y siguientes, 70 y 71 de la LJCA.

228 RJ 2008/4149. Recurso de Casación 648/01.

del año 2003 ("…cuando el asegurado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva") debe interpretarse en el sentido de que corresponde el conocimiento a los tribunales contencioso - administrativos si el perjudicado opta por dirigirse al propio tiempo contra la Administración y la entidad aseguradora, pero no cuando decida actuar exclusivamente contra esta última.

Consecuentemente, la insistencia en este caso de los juzgados de lo contencioso - administrativo de Pamplona en requerir a las demandantes para que también actúen contra el Servicio Navarro de Salud valía tanto como indicarles que tenían competencia para conocer de la reclamación si accionaban conjuntamente contra los dos, pero que carecían de ella si, por el contrario, reclamaban únicamente frente a la aseguradora.

En suma, ha de considerarse formalmente producido un conflicto negativo de competencia pues los dos órdenes jurisdiccionales (el civil y el contencioso - administrativo) han declinado la suya para decidir la pretensión de resarcimiento dirigida sólo contra la compañía aseguradora, en virtud del contrato de seguro suscrito con aquél Servicio de Salud, debido a los daños causados por el mismo.

Reconocida la existencia de un conflicto negativo, las reflexiones expuestas obligan a considerar que en este caso la competencia corresponde a los tribunales del orden civil, cuya vis atractiva sigue proclamando nuestro ordenamiento jurídico[229]. Los inconvenientes de orden práctico que puedan derivarse de la pervivencia de la duplicidad jurisdiccional en este concreto punto no pueden sobreponerse a un derecho sustantivo otorgado a los perjudicados por una norma del ordenamiento vigente, que, además, constituye un pilar de nuestro sistema en relación con el contrato de seguro, emparentado con la tutela judicial efectiva y con la voluntad del legislador de proteger a los perjudicados[230].

El hecho de que, para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración Asegurada no resulta en ningún modo extravagante. El artículo 42 de la LEC[231], prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el

229 Artículo 9.2 de la LOPJ.

230 Así se expresó la STS3ª de 30 de mayo de 2007, Fundamento Jurídico Tercero.

231 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

proceso de que se trate. La eventualidad de que en uno y otro orden (el civil y el contencioso -administrativo) se llegue a conclusiones fácticas distintas se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento desde hace tiempo, en el que la jurisprudencia de nuestros tribunales, interpretando el artículo 24.1 de la Constitución y, en el caso de afectar al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, el 25.1, ha sentado que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para diferentes órganos e instituciones públicas, de modo que, fijados por el juez de una jurisdicción, vinculan a los demás, salvo que estos últimos cuenten con elementos de juicio que no estuvieron a disposición del primero. En fin, la máxima que aconseja no dividir la continencia de la causa opera siempre y cuando no suponga la restricción de los derechos sustantivos y procesales de los contendientes.

En definitiva, cuando los perjudicados, al amparo del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, se dirigen directa y exclusivamente contra la compañía aseguradora de una Administración Pública, el conocimiento de la acción corresponde a los tribunales del orden civil.

a´) Cauces procesales para la exigencia de responsabilidad del médico

Conforme a lo anteriormente expuesto, en el momento presente, tres son los cauces procesales para la exigencia de responsabilidad del médico. A saber:

i. Interposición de denuncia o querella frente al facultativo ante el Orden Jurisdiccional Penal.

ii. Formulación de demanda frente al médico y a la compañía aseguradora ante el Orden Jurisdiccional Civil.

iii. Ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial frente al Servicio de Salud ante la Jurisdicción Contencioso - Administrativa.

Interesa en estos momentos reflexionar sobre los ámbitos de responsabilidad civil y penal de los médicos (puesto que a la responsabilidad patrimonial se aludirá más adelante). La concurrencia de diversos profesionales que realizan actos médicos (cirujanos, anestesistas....), tanto en el acto médico y quirúrgico en sí mismo considerados como en los anteriores (preoperatorios), diagnóstico y posteriores (tratamiento farmacológico y vigilancia); así como la falta de autonomía laboral del protagonista – médico, cirujano y demás miembros

del equipo asistencial – que actúan por cuenta de una entidad pública (supuesto en que la reclamación de la indemnización ha de tramitarse en el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo) complica el tratamiento, culminando dicha complicación con la presencia de entidades aseguradoras de posibles responsabilidades civiles de profesionales y entidades.

Del incremento estadístico de las reclamaciones judiciales por mala práctica sanitaria, se deriva alguno de los criterios imperantes en la actual praxis jurisdiccional, incremento de exigencias de responsabilidad civil y/o penal que, a su vez, devienen tanto de la generalización de los servicios sanitarios como de la mayor concienciación (a veces en exceso) de usuarios de tales servicios y de los profesionales del Derecho.

Las cuestiones a tratar, sucesivamente, son las siguientes:

- Coincidencias y discrepancias entre las responsabilidades civil y penal derivadas de conductas sanitarias.
- Desvalor de la acción y omisión y/o del resultado producido en conexión con los problemas del nexo causal y de imputación objetiva.
- Márgenes de responsabilidad en la apreciación de la imprudencia[232] tras considerar la complejidad de los actos sanitarios y la concurrencia de personas diversas en los mismos.

Como hipótesis básica, atendiendo a lo antes expuesto, parece evidenciarse en la actualidad una tendencia hacia la responsabilidad objetiva de estos sectores, que en el ámbito penal (y por definición en el civil, en base a la responsabilidad civil derivada de la penal) se concreta en la absolución anticipada (archivo de las actuaciones o sobreseimiento libre) o en sentencia del acusado, si se han satisfecho las indemnizaciones pretendidas por los perjudicados, o alternativamente en condena, aunque sea simbólica, si tal pretensión no ha sido atendida extrajudicialmente, teniendo en cuenta que de ordinario existen pólizas de seguro que cubren esas posibles responsabilidades civiles; esta tendencia no reconocida por la jurisprudencia, incluso expresamente rechazada, se fundamenta en razones de justicia material y se consigue mediante la utilización de instrumentos procesales y sustantivos flexibles, que permiten

232 En sus variantes de simple (omisión de la atención normal o debida, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance. STS3ª de 11 de julio de 1996) o temeraria (matrona que en la lectura de una ficha confunde un grupo sanguíneo con otro y por cuyo error se produce la muerte del paciente a consecuencia del tipo de sangre equivocado transfundido. STS3ª de 13 de octubre de 1981).

adoptar soluciones contrarias en casos idénticos en atención a que, como se ha dicho, estén o no satisfechas las responsabilidades civiles[233].

233 P. RODRÍGUEZ LÓPEZ. *Responsabilidad médica y hospitalaria*. Obra citada.

CAPÍTULO III

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Como señala la doctrina[234], el ejercicio de la Medicina se caracteriza en nuestros días por su creciente complejidad.

Sin embargo, la Medicina, a diferencia de la mayoría de las demás ciencias experimentales, no puede calificarse hoy como una ciencia exacta, pues aunque rigen en ella los procesos causales y las leyes de la naturaleza, son todavía numerosos los mecanismos biológicos y espirituales – pues estos tienen igualmente una importancia capital para la ciencia que nos ocupa – del ser humano que son desconocidos o poco conocidos. De ahí que todavía tenga sentido la expresión de "leyes del arte" (*leges artis, o lex artis ad hoc*), en cuanto suponen una magnífica síntesis de lo que la Medicina en nuestros días representa: un compendio de ciencia y arte.

De todas formas, la Medicina de nuestros días, tecnificada y compleja, ha conducido a un nuevo tipo de médico, que caracteriza sobre todo a las más jóvenes generaciones de profesionales: el médico intuitivo, habilidoso, individualista, ha ido dejando paso al técnico, experto, que se integra en el engranaje de la estructura sanitaria – principalmente hospitalaria – que es capaz de analizar y valorar una serie de datos, cada vez más precisos, sobre su paciente, que

234 C. M ROMEO CASABONA. *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid 1988. Páginas 3 y ss. Reflexiona al respecto señalando que, durante muchos años, la Medicina se ha movido dentro de un contexto misterioso y mágico, al actuar en los mecanismos desconocidos de la vida y de la muerte. Al conseguir, a través de ella, en muchas ocasiones, hasta modificar, dentro de ciertos límites, los medios de acción de estos mecanismos, sus ejercientes se vieron rodeados siempre de un sentimiento de admiración y respeto – no exentos a veces de cierto temor ante ese poder – por todos los sectores de la sociedad, aun los más cultos y los más poderosos. En aquellos momentos, los resultados de la medicina en cuanto al tratamiento de personas enfermas estaban sujetos, no obstante, a un sin fin de factores provenientes del azar y de la propia intuición del médico. Con el tiempo, el ejercicio de la Medicina fue ganando la reputación de un verdadero arte, en razón de las dificultades que entrañaba, al ser accesible únicamente a ciertas personas con una dotación intelectual y moral excepcional, a los resultados inimaginables que era capaz de obtener gracias a la habilidad y aporte personal del médico ejerciente; en resumen, a la creatividad que caracteriza a todo arte. A los factores determinantes del éxito mencionados anteriormente, habría que añadir ahora el talento del facultativo, lo que envolvía y elevaba en un áurea de prestigio, confianza y sumisión a su bien hacer. En la actualidad, y desde hace ya no pocos decenios, la Medicina ha sentado plaza como Ciencia dentro de las llamadas Experimentales. Y ello en cuanto ha conseguido reducir sus conocimientos a un sistema y una metodología que permite comprender en ellos su trasfondo, comparar unos con otros fijando sus relaciones de dependencia, establecer – o, mejor, ir estableciendo – las leyes que lo gobiernan, y obtener deducciones de los mismos para sentar nuevas leyes – sin olvidar que el proceso de inducción es el principal instrumento de obtención del conocimiento en esta clase de Ciencias –.

requiere de material o instrumentos paulatinamente más sofisticados e imprescindibles, que debe hacer uso, cada vez con más frecuencia, de las aportaciones de la biofísica, bioquímica, y farmacología principalmente.

Son tan numerosos e importantes los descubrimientos y avances que ha ido consiguiendo la Medicina[235], que la sociedad no siempre ha estado preparada para ir asimilándolos a la velocidad que aquella le ha impuesto: en la Demografía – disminución de la mortalidad infantil, prolongación de las expectativas de vida, control de la natalidad, necesidad creciente de recursos naturales y alimenticios para una población cada vez mayor -; en la Economía – enormes cantidades de recursos destinados a la Sanidad, al ser la salud uno de los objetivos prioritarios de los Estados y Organismos Internacionales; en lo Laboral - creación de abundantes puestos de trabajo al servicio de la sanidad, desarrollo de una industria y tecnología subsidiaria, recuperación para el mundo laboral de un número, cada vez mayor, de disminuciones físicas y psíquicas –; y en el Derecho – regulación de las necesarias estructuras administrativas para la consecución de los fines propuestos.

De lo expuesto se derivan, de forma necesaria y evidente, las dificultades del papel del médico ante la complejidad de la Medicina actual, cuales son las siguientes:

Hay que señalar, en primer lugar, que el cometido más importante que se ha impuesto la Medicina actual sigue siendo la salud individual: el tratamiento de enfermos – no de enfermedades – para procurar devolverlos al mismo nivel de salud y calidad de vida precedentes. No obstante, junto a ese objetivo primordial, se han ido abriendo camino otros, que en realidad están subordinados a aquél.

De este modo encontramos acciones dirigidas a la promoción y mejora de la salud pública, utilizando medidas de control sanitario y prevención en sectores de la población sensibles a determinadas enfermedades favorecidas por el medio ambiente, social o laboral, en que

235 C. M ROMEO CASABONA. *Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano*. Obra citada, en la que se pone de manifiesto que debe señalarse un principio metódico imprescindible: la necesidad de que la sociedad revise sus propias valoraciones, sus principios axiológicos, en relación con los nuevos conflictos de las ciencias biomédicas. Los motivos de esta perspectiva metodológica se basan en que puede venir exigida por esas novedades que aportan en general la Ciencia y la Tecnología; en que no siempre las valoraciones tradicionales dan respuestas adecuadas a las nuevas situaciones: no existe una identidad o coincidencia entre el supuesto de hecho (nuevo) y los valores que se pretenden aplicar o que parecen aplicables; se trata de una subsunción errónea entre hecho y valor. Por consiguiente, en estos casos, puede ser necesario construir valores nuevos que se adapten, que den respuesta al nuevo supuesto de hecho.

se desenvuelven; investigando y educando a la población y a los entes públicos – sobre la importancia de la nutrición y de una dieta equilibrada para una sociedad sana y fuerte. Insustituible y fundamental es hoy la investigación, no sólo de laboratorio sino también sobre cadáveres y personas enfermas – a las que pertenece la que se ha llamado la experimentación terapéutica, cuando no existen o no se conocen otros medios para salvar la vida del paciente – o de personas sanas. En ocasiones debe acudir, como único medio de restauración anatómica o funcional de su paciente, a los aportes corporales de otras personas sanas (trasplante), siempre que no impliquen, a su vez, para éstas una evidente disminución funcional o de otro tipo.

En este contexto, podemos concluir que la Medicina ha ampliado considerablemente su radio de acción, y que tiene a su alcance la utilización de medios y procedimientos cada vez más eficaces y perfeccionados. Esta situación ha supuesto, paralelamente, la necesidad de que los médicos estén en posesión de un número cada vez mayor de conocimientos y técnicas, así como, y consecuentemente, una especialización cada vez más reducida en su ámbito de acción, pero más profunda. Ello ha conducido, a su vez, a que el tratamiento del paciente y el diagnóstico previo de su enfermedad deba ser encomendado a una pluralidad de profesionales especializados, haciéndose cargo parcialmente del paciente en cada una de las respectivas facetas que le corresponden. El ejercicio de la Medicina ha ido convirtiéndose, progresivamente, por este proceso, en una actividad compleja e interdependiente. Además, nos encontramos con que la disposición de medios más eficaces, pero también más agresivos para el organismo humano, ha puesto de manifiesto que la actividad médica curativa puede llevar aparejada, en ciertas ocasiones, riesgos considerables para el paciente, secundarios al tratamiento mismo. Finalmente, nos encontramos hoy con la paradoja del gran poder que la Ciencia proporciona al médico, para intervenir decisivamente en los procesos vitales, biológicos y psicológicos del ser humano, y, al mismo tiempo, de las considerables limitaciones – no sólo científicas sino también económicas y estructurales – a que están sometidos los médicos para devolver la salud o mantener la vida del paciente. De esta grandeza y servidumbre es consciente el médico.

Algunas de estas circunstancias, acabadas de citar, que caracterizan en gran medida a la Medicina de nuestros días, colocan al médico en situaciones delicadas y difíciles de valorar por él mismo a la hora de tomar una decisión, o de saber cuál es exactamente el papel que a él le corresponde desempeñar, tal y como le ha asignado la sociedad, o esta espera de él. Pues ¿qué debe hacer cuando un enfermo incurable, aquejado de sufrimientos físicos y morales le solicita que interrumpa el tratamiento de mantenimiento ya iniciado, o que le adelante

la muerte por un proceso indoloro?[236] ¿hasta dónde debe llegar en el tratamiento de un paciente con lesiones vitales irreversibles?, ¿deberán influir en su decisión factores económicos – el elevado coste del tratamiento intensivo –, la necesidad de atender a otros paciente con posibilidades más reales de recuperación, o evitar el llamado "encarnizamiento terapéutico"[237] ? Decisiones, a veces, angustiosas, si recordamos el grado especulativo que todavía rodea a esta Ciencia.

¿Deberá aceptar la solicitud de una mujer, de hacerla abortar o esterilizarla por razones terapéuticas? ¿Es imprescindible el consentimiento del paciente para poder iniciar cualquier tratamiento, o basta su condición profesional para que el médico decida lo que conviene en cada momento a su paciente? ¿Existen alternativas intermedias y, en su caso, cuándo entran en juego? ¿Cuál debe ser su posición si se hallan en conflicto la libertad y la salud del paciente – por ejemplo, ante un persona con una dolencia psiquiátrica que debe ser internado, o un Testigo de Jehová que rechaza por motivos religiosos un transfusión sanguínea? ¿Constituye la información al paciente sobre su situación – diagnóstico – y perspectivas – pronóstico y tratamiento – un deber inexorable del médico? ¿Hasta dónde deben llegar, si existen, las excepciones al cumplimiento de este supuesto deber?

¿Qué criterios ha de utilizar el médico antes de decidir la oportunidad de un tratamiento, si conoce los riesgos que implica, algunos de segura producción, por ejemplo, esterilidad a causa de radiaciones continuadas, toxicidad de ciertos medicamentos con riesgo de lesiones orgánicas, como el hígado o el riñón, o la creación de dependencia de productos psicotrópicos?.

¿Está obligado el médico a tener bajo sus cuidados a un enfermo grave, o a un paciente que ha sufrido un accidente, siempre que sea requerido para ello?

¿Le ampara el secreto profesional[238], para no verse obligado a revelar – a la familia del paciente, a la empresa a la que trabaja, a la propia Administración – los detalles de la enfermedad u

236 Este concreto caso está proscrito por el código de Deontología Médica de 2011, en su artículo 36.3: "El médico no provocará nunca intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste".

237 "Acharnement therapeutique", literalmente, en la doctrina francesa.

238 "El secreto médico es uno de los pilares fundamentales en los que se basa la relación médico paciente, basada en la mutua confianza…El secreto comportará para el médico la obligación de mantener la reserva y la confidencialidad…" (Artículo 27 de Código Deontológico Médico de 2011).

otros aspectos de la vida privada o íntima del paciente que haya conocido con ocasión del tratamiento que le estuviera prestando?.

De todos los factores anteriormente expuestos se desencadena la necesidad de plantearnos la situación del médico ante el Derecho, y en particular la cuestión de la responsabilidad jurídica del mismo. Estos y otros muchos interrogantes debe resolver el médico antes de decidirse a actuar; ciertamente que alguno de ellos no son frecuentes, pero no es raro que se presente alguno a lo largo de su vida profesional. Pero, en cualquier caso, todos ellos son relevantes por implicar consecuencias muy importantes, incluso vitales a veces, para el paciente, y también, en ocasiones, para el discurso de nuestra sociedad, de sus valores y sus reglas. Si fijamos nuestra atención podríamos comprobar que un buen número de tales cuestiones no afectan de modo inmediato a su ciencia, a su técnica, a su arte, sino que son consecuencia del considerable y delicado poder que ella ha puesto en sus manos, poder que ha de saber controlar, encauzar y dirigir.

Es entonces cuando se plantea la necesidad de acudir a una referencia tranquilizadora: las normas éticas[239] y jurídicas. Las primeras son aprehensibles por distintos procedimientos (la Religión, Juramento Hipocrático, Código Deontológico, Congresos Médicos Internacionales...), pero, sobre todo, por la propia conciencia que se ha ido forjando el profesional sanitario, al ser este el alcance fundamental de las reglas morales. Las normas jurídicas, cuyos efectos sociales son más inmediatos y presentan un constreñimiento externo generalmente eficaz, aparecen dispersas por el Ordenamiento Jurídico (en nuestro caso, CP, CC, Leyes Sanitarias...). Sin embargo, en muchos casos, el Derecho no ofrece una solución clara, y aún mucho menos específica para el problema planteado, y no siempre adecuada a la nueva situación social y/o científica que se halla implicada. No es, por ello, desdeñable una revisión y renovación de nuestra legislación con el fin de aportar una normativa justa y definitoria, así como la contemplación en leyes especiales de la regulación de algunas cuestiones planteadas que exigen soluciones más particulares.

Frente a todas estas cuestiones y las reflexiones que pueden sugerirnos, siguen teniendo importancia de primer orden las complicaciones que se le puedan presentar el médico en su

239 G. HERRANZ. *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*. Pamplona; Eunsa, 1992.De este libro, además de la edición original, se hicieron, en 1993 y 1995, dos ediciones no venales, distribuidas por gentileza de Laboratorios Uriach. Esto ha permitido hacer llegar 20.000 ejemplares a estudiantes de Medicina, jóvenes graduados o médicos en ejercicio, un contingente bastante numeroso y al que se le podría considerar como conocedor, real o potencial, de la deontología médica.

quehacer diario. Averiguar el diagnóstico exacto, discernir sobre el tratamiento más adecuado no es siempre tarea fácil. El médico está sometido también a desaciertos, fallos y errores, a veces consecuencia de las limitaciones de la Ciencia que ejerce. Es bien cierto que el médico acumula el capital de sus conocimientos y experiencia no sólo con el estudio, sino a través de la reflexión, autocrítica humilde y sincera, que permitirán cimentar al profesional prudente, experimentado y seguro de sí mismo; pero sobre todo responsable, consciente de la importante misión que se le ha encomendado.

Al Derecho no le interesan esos errores, si vienen respaldados por ese profesional hipotético, acabado de describir: diligente y responsable. El Derecho se ocupa, antes que nada, del médico que actúa sin atención, interés o dedicación suficientes; que asume tratamientos que superan claramente su capacidad o preparación – siempre que las circunstancias no le impongan otra conducta – . En esto el Derecho no efectúa ningún tipo de discriminación, en el sentido de que establezca unos patrones de actuación más rígidos, pues son los mismos que los requeridos para cualquiera otras actividades sociales – profesionales o no – en cuanto impliquen riesgos de menoscabo para ciertos bienes o valores que el Derecho quiere proteger. Está claro que la única diferencia radica en el objeto de actividad médica: el ser humano, su vida y su salud, cuya capital valoración y protección no puede quedar en entredicho.

Han de desecharse, por tanto, esos temores infundados, demasiado extendidos por desgracia entre algunos médicos, que ven en el Derecho una máquina rígida e implacable, atenta a reprimir la menor desviación en el ejercicio de su actividad. No es este el caso, ni lo será para la inmensa mayoría de profesionales, que verán discurrir su vida profesional sin conflictos con la ley. Por el contrario, y como se ha dicho acertadamente, una legislación que proteja eficazmente al paciente frente a las consecuencias de un acto médico irresponsable, constituye un elemento disuasorio y selectivo que tiende a elevar el nivel de ejercicio profesional.

Carecen de sentido, en la actualidad, la voz de alarma y las opiniones vertidas hace unos años en defensa de la irresponsabilidad jurídica de los médicos. En primer término, porque ya se ha dicho que no hay que ver en el Derecho una actuación represora de la actividad médica en general. En segundo lugar, porque en la sociedad moderna rige el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley (artículo 14 de la CE) con todo lo que ello implica; estas manifestaciones alarmistas, expuestas probablemente con buena fe, aunque sin perspectivas jurídicas y sociales suficientes, pueden encontrar todavía algún eco entre la actividad médica,

al haber sido defendidas por personajes eminentes, como el Doctor Marañón, pero han sido unánimemente rechazadas por los juristas.

Tampoco se puede desdeñar, para la valoración correcta de esta situación, la dificultad de acceso a los medios de prueba – en los procesos de exigencia de responsabilidad – perecederos con gran frecuencia; el desconocimiento de la situación real por parte del paciente y sus familiares y, en alguna ocasión, por la recíproca protección profesional que se produce (¿sentimiento colectivo de culpabilidad o de inseguridad?), a la que puede servir de explicación las siguientes reflexiones: la práctica de una Medicina más eficaz, pero más agresiva, implica también mayores riesgos para el paciente; el aumento de la capacidad asistencial de nuestro país en materia sanitaria, supone un paralelo aumento de actos médicos – y por tanto – también un incremento profesional y proporcional de los actos negligentes – ; el desarrollo social y elevación del nivel cultural favorece que los ciudadanos hagan uso con más conocimiento y libertad de los mecanismos de defensa que están a su disposición.

Hasta aquí unas reflexiones sobre el escenario en que se desenvuelve la responsabilidad civil y penal del médico en nuestro país. No conviene, sin embargo, olvidar unos peligros, como la denominada "medicina defensiva[240]" a consecuencia del incremento de las reclamaciones contra los médicos, que, en este terreno, pueden invadirnos, aunque, por fortuna, todavía no se vislumbran perspectivas fundadas de que el fenómeno de la "medicina defensiva" pueda producirse en nuestro país, al menos a corto plazo, unas veces porque el profano confía ciegamente en las posibilidades ilimitadas de la Medicina para devolverle la salud, y se siente defraudado cuando tal no ocurre; y otras porque adivina la posibilidad de un procedimiento relativamente fácil para obtener una sustanciosa suma de dinero por la indemnización; por los supuestos perjuicios sufridos como consecuencia del tratamiento, existe como se expone, la probabilidad de que aumenten las reclamaciones ante los Tribunales – particular y casi exclusivamente en materia civil – por actuaciones defectuosas o negligentes de los médicos. Esta situación ha venido a enrarecer el ambiente asistencial en los países en los que se observa este fenómeno (principalmente los Estados Unidos de América y Alemania). La relación médico paciente pasa de un extremo a otro: de la confianza – elemento subjetivo capital para el buen desarrollo del tratamiento – a la desconfianza recíproca. Se fomenta así la actitud pasiva y cauta de los profesionales en los casos de urgencia, que son los que comportan más

240 Según un interesante estudio de Marsh y Gómez-Acebo y Pombo Abogados sobre la actuación de los profesionales sanitarios y su percepción del medio asistencial, recogen que: El 70% de ellos actúan condicionados por miedo a la demanda. - El 18%, de hecho, ya han sido demandados alguna vez - Un médico tiene una media de 5 o 6 reclamaciones en su vida. - El 52% reconoce que practica medicina defensiva.

riesgos de fallo dado la gravedad de los mismos y su emergencia; ello ha obligado a dictar una normativa para estos casos (así en los Estados Unidos de América), la llamada "Ley del Samaritano" [241].En resumen, se tiende a una medicina defensiva. No hace falta insistir en que tal situación perjudica tanto al médico como al paciente, y que hay que hacer todo lo posible para que no llegue a tomar asiento en la medicina española. Afortunadamente, falta en nuestro país, al menos hoy, el fondo sociológico imprescindible para que tal fenómeno pueda nacer; no estamos todavía ante una sociedad excesivamente mercantilizada, aunque, como se expuso en la primera parte de este trabajo, cada año que transcurre se aprecia un progresivo incremento en la exigencia de la responsabilidad civil del médico, así como la aplicación de nuevas técnicas jurídicas que tienden hacia la objetivación de la misma. Galán Cáceres alerta[242] acerca de que la medicina defensiva es una actividad: *"… que practican numerosos facultativos…presenta efectos distorsionantes y muy perniciosos en el ámbito de la sanidad, tanto pública como privada, ya que, por un lado, en muchas ocasiones se le está sometiendo al paciente a pruebas diagnósticas innecesarias…y además el impacto financiero de la medicina defensiva llevada a sus últimos extremos es de enormes dimensiones…"*

No todo son, en Derecho, reglas, directrices u obligaciones para el médico. Su insustituible e imprescindible función social es protegida y favorecida por el Derecho; protegida frente a los profanos, a los intrusos, reconociendo así la alta cualificación que se requiere para ejercer esta profesión, por su importancia y los peligros que entraña, eliminando también cualquier factor de desprestigio o descrédito. Favorecida, porque se les autoriza a realizar conductas altamente peligrosas, pero plenamente justificadas – siempre que se desenvuelvan dentro de unos límites – en función de la finalidad altamente valiosa que persiguen.

De esta forma, se pretende abordar alguno de los puntos relatados anteriormente, desde una perspectiva estrictamente jurídica. Se intenta resaltar, por su mayor interés, lo referente a la responsabilidad civil del médico en sus actuaciones imprudentes, en cuanto a las indemnizaciones a que puede dar lugar. Todo ello desde el punto de vista de nuestro

241 Según la cual el médico que actúa en ellos queda exento siempre de la responsabilidad civil que pudiera deducirse de su actuación. Las Especialidades con mayor índice de riesgo, por sus propias características, son relegadas, o insuficientemente cubiertas por los profesionales, y los que las ejercen se ven obligados a cubrir su ejercicio profesional con pólizas de seguros, lo que tiende a incrementar el coste del tratamiento. Para reducir al máximo los errores, antes de tomar cualquier decisión relativa al tratamiento, se trata de asegurar el acierto de aquélla con numerosas y repetidas exploraciones y consultas previas a otros colegas, lo que eleva los costes y retrasa el inicio del tratamiento – y consecuentemente pérdida de eficacia –.

242 J.C. GALÁN CÁCERES. *Medicina y Responsabilidad Legal. Medicina y Derecho. Dos mundos en convergencia.* Autoedición. Badajoz 2014. Página 150.

ordenamiento jurídico y la legislación vigente, teniendo en cuenta, para su interpretación, la doctrina y la jurisprudencia; la constante referencia a la jurisprudencia española es un punto obligado de análisis en esta materia.

1. Sistemas legales de imputación de responsabilidad civil actualmente aplicables

No es propósito de esta obra el análisis exhaustivo de los diversos sistemas legales de imputación de responsabilidad civil actualmente aplicables, sino solamente su esbozo.

La responsabilidad civil supone la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, a reparar el daño producido.

Tal responsabilidad genérica se clasifica, tradicionalmente, en contractual y aquiliana, [243] o extracontractual. La primera supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato. La aquiliana, por el contrario, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *néminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás[244].

La responsabilidad contractual se basa en los deberes que el Código Civil atribuye al necesario cumplimiento de las obligaciones y se requiere para ello que:"[245] *1º. Se produzca un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. 2º. Ese incumplimiento se produzca con intervención de la voluntad (dolo o culpa). 3º. Exista una relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio producido. 4º.*

No concurran las causas de exención del artículo 1105 del Código Civil…"

243 Aplicable únicamente en el ámbito de la Medicina Privada, puesto que, en el ámbito de la Medicina Oficial los derechos y obligaciones de las partes de la relación jurídica sanitaria existente entre el Servicio de Salud, el profesional sanitario y el paciente, se establecen en normas de carácter legal y reglamentario, y no en un contrato como manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

244 R. DE ANGEL YAGÜEZ. *Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos. Derecho Médico.* Tratado de Derecho Sanitario. Tomo II. Obra citada. Págs93 a 138.

245 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 364.

El vigente CC diferencia claramente, en el artículo 1089, como fuente de obligaciones, a los actos y omisiones ilícitos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, de la Ley, contratos y cuasicontratos. Determina, además, que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se rigen por las reglas del CP (artículo 1092), mientras que los actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la Ley, lo habrán de ser por sus normas.

La distinción entre las obligaciones que nacen de la convención y las que tienen su origen en la culpa o negligencia civil no es más que de régimen jurídico, pues el fundamento jurídico es el mismo: una acción u omisión culposa, aunque también puede ser dolosa, que daña a otra persona. Incluso el régimen jurídico de las primeras se aplica, según reiterada doctrina jurisprudencial, a las segundas, de forma subsidiaria.

En nuestro ordenamiento jurídico, en materia de responsabilidad extracontractual, domina el criterio de la culpa del agente productor del daño. Pieza fundamental del mismo es el artículo 1902 CC (*"el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado"*). De esta forma nuestro CC sigue fiel a las directrices imperantes en la época de la codificación, que hacían descansar en la noción de culpa el fundamento de la responsabilidad[246]. Cita el profesor Bello Janeiro[247] orígenes mucho más antiguos para esta consideración de ocasionar daño a un semejante como el elemento básico de la responsabilidad de las personas: "*…no cabe duda de que la más importante de las normas que rigen el devenir de los comportamientos humanos es ya, desde tiempos inmemoriales, la máxima de no causar daño a los demás, hasta el punto de que, incluso los juristas romanos la incluyeron entre los tres grandes postulados del comportamiento social, los conocidos como conceptos de Ulpiano, junto a dar a cada uno lo suyo y vivir honesto".*

246 A veces se condena simplemente por haber sucedido el daño en una situación de peligro: STS1ª de 12 de junio de 2012: "…Los hechos que se mencionan permiten sentar las siguientes apreciaciones: a) hubo una omisión de medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente. b) Hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones se produjeron como consecuencia de la caída por la ventana. c) Hay causalidad jurídica -atribuibilidad- pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de Lina y la forma de solucionar el conflicto que se creó a partir de un estado de nerviosismo y alteración, por lo que la falta de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para producir el daño…"

247 Domingo Bello Janeiro. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria.* Colección de Derecho de Daños. Editorial Reus 2013.

Parece evidente que los redactores del CC dieron a la responsabilidad civil una estructura de carácter netamente individualista. Ante todo, se contempla un determinado modo de ser de las relaciones económicas y sociales de la Europa de finales del Siglo XIX. Se trata de un mundo en el que, aun cuando la primera revolución industrial se había producido ya, no se habían dejado sentir todavía (por lo menos no se habían dejado sentir en profundidad) sus efectos. La actividad económica continuaba siendo, en general, de carácter agrícola, ganadera y artesanal. Las relaciones de Derecho Privado eran interindividuales y se trababan entre individuos concretos y determinados. En los casos de producción de daños, nos hallábamos ante un litigio entre individuos concretos (el médico y el paciente); conflicto que había que dirimir y que encuentra su vía de solución en una referencia implícita a deberes preexistentes del autor frente a la víctima; lo cual se correspondía muy bien con la tradición del derecho intermedio, en la que no se puede ignorar la influencia de los canonistas y la Iglesia Católica.[248] La obligación de reparar o de resarcir, es una consecuencia de la calificación del hecho como algo reprobable, idea en la cual no está ausente el concepto cristiano del pecado. Se paga porque es pecado o conducta moralmente, reprochable. Por ello, se subraya que, en la época de la promulgación del CC, toda la disciplina de la responsabilidad está destinada más a moralizar las conductas individuales que a asegurar a la víctima la reparación de los perjuicios.

Socialmente, además, no se estaba ante un problema la reparación de daños y perjuicios porque, dada la estructura de las relaciones sociales, no complejas ni abundantes, y la intensidad de la actividad económica, también limitada, la imputabilidad de los daños se individualizaba; tampoco la capacidad de investigación de las posibles causas podía llegar muy lejos. No hay que olvidar que la conciencia social estaba habituada a un esquema de pensamiento teológico: se acostumbraba a ver por doquier la mano de Dios. La interpretación de la voluntad divina es diferente, no obstante, según la creencia en la que se inserte la necesidad de tomar decisiones. Así, en el concreto caso de los testigos cristianos de Jehová que solicitan el alta médica, comprometiendo su salud, para evitar ser transfundidos de sangre o hemoderivados. Una reciente sentencia recoge el interesante planteamiento de cuál puede ser la salida en estos casos, cuando la situación no es de urgencia vital. Recoge que: "…*el paciente, una vez que ha sido debidamente informado, consiente el tratamiento propuesto o no, pero no puede incluir condicionantes al mismo.... En ningún caso debe condicionarse el consentimiento con la cláusula de conciencia relativa a la negativa recibir una transfusión sanguínea que limite la actuación de los profesionales sanitarios conforme a las reglas de la lex artis... El tratamiento*

248 D. ESPÍN CANOVAS. *Libertad religiosa y protección de la salud en la transfusión de sangre*. Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, número 26. 1996. Págs. 125 a 141.

quirúrgico propuesto es determinado por los profesionales sanitarios siguiendo los protocolos médicos de actuación y el paciente, una vez informado del procedimiento quirúrgico para el tratamiento de su dolencia y los riesgos posibles, decide libremente si acepta o no dicho tratamiento firmando el consentimiento informado, pero no puede exigir que la técnica quirúrgica se realice de una determinada manera, en concreto, descartando la transfusión de sangre o hemoderivados para el caso de que fuere necesario". "*…el paciente fue informado por el facultativo responsable de su tratamiento de que la intervención quirúrgica podía demandar una transfusión y ante ello el paciente… no prestó el consentimiento informado. Ante esta negativa y como la situación no demandaba urgencia, no constando por otro lado acreditado en autos otra posibilidad eficaz de tratamiento terapéutico alternativo o paliativo, la única salida legalmente posible no podía ser otra más que el alta*"[249].

También hay que resaltar el estrecho paralelismo que existía entre la responsabilidad por culpa y el dogma de la autonomía de la voluntad (principio de la autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1255 del CC).

La culpa, como criterio de imputación de responsabilidad llevó a la crisis del sistema legislativo de la época, cuando se produjo una mutación radical de los datos sobre los que se estructuró.

Así, el aumento de la población y el progreso de la llamada "civilización técnica" lleva, como inevitable, la multiplicación de máquinas, ingenios y artificios, creadores de riesgos y de situaciones de peligro. No se podía seguir manteniendo un sistema que exigía de cada una de las víctimas la prueba de la culpa del autor de la acción dañosa, pues en muchos casos era imposible ante la complejidad de los medios utilizados.

Se puede resaltar, también, en el declive de la doctrina de la culpa, el diferente enfoque con que empieza a observarse el problema de la responsabilidad. Y consiste en que ya no se quiere averiguar las causas de las acciones humanas sanitarias, sino que la investigación observa los resultados: la víctima debe ser indemnizada siempre. El daño, en suma, no es un acontecimiento personal excepcional que permite tratamientos individualizados, sino un problema social, cuando las víctimas son muchas.

249 Sentencia TSJ Castilla y León, Contencioso Administrativo, de 26 de junio de 2014.

Los nuevos hechos, y las nuevas exigencias que se producen con el transcurso del tiempo, no encontraban satisfacción en el sistema codificador. De ahí que, subsistiendo formalmente inalterado, se lleve a cabo, por la jurisprudencia, una interpretación de las normas que supone, en el fondo, un nuevo sistema. Se acude a los expedientes de las presunciones de responsabilidad, de la inversión de la carga de la prueba[250] (que dispensa a la víctima de toda carga que no sea la de probar la realidad del daño, corriendo a cargo del imputado la demostración de que su actuar fue diligente) o a apreciar culpa ante la más mínima negligencia, llegándose incluso a la declaración de responsabilidad por el hecho de haber ocurrido el daño, el cual prueba por sí mismo la existencia de aquella negligencia.

Además, el legislador, mediante leyes especiales (cuales serían la LGDCU[251] y la LRJAP-PAC), también ha prescindido del sistema tradicional de la culpa o negligencia[252] en el actuar del profesional médico, objetivando la responsabilidad[253].

También, en esta línea, se flexibiliza el requisito de la causalidad que debe existir entre el daño y el hecho productor del mismo. Se pasa de una causalidad necesaria a una causalidad adecuada (teoría de la *"conditio sine qua non"*), y las infinitas matizaciones e interpretaciones de esta adecuación aparecen de forma reiterada.

En esta evolución, los defensores de las teorías objetivas dan un paso más; de esta forma, preconizan la necesidad de indemnizar a quien haya sido víctima del daño causado por el productor del daño con su actuar, pues si se beneficia con ello, también ha de soportar las consecuencias dañosas. Nacida la teoría del riesgo para explicar fundamentalmente la obligación de indemnizar del patrón por el accidente de trabajo sufrido por el obrero, la

250 Con el argumento que empleó la STS1ª de 17 de julio de 1989: "... es a quienes los manejan (medios peligrosos) a quienes corresponde probar la diligencia en su uso, pues no resultaría lógico exigir a los perjudicados que acreditasen, salvo la realidad del daño, circunstancias y causas que les son ajenas, al alcance, en cambio, del médico anestesista…"

251 En la actualidad, Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

252 STS3ª de 5 de noviembre de 1999 que condenó a la firma Baxter por los daños producidos con Gammagard, inmunoglobulina intravenosa que distribuía y vendía el citado laboratorio. La declaración de la responsabilidad por esta vía se llevó a cabo a través de la objetivación de dicha responsabilidad, tal y como recoge la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en su artículo 29.

253 J. FERNÁNDEZ COSTALES. *La responsabilidad civil médica y hospitalaria*. La Ley. Madrid 1987. Páginas 170 y ss. También, del mismo autor, vid Negligencias médicas, normas deontológicas y normas profesionales. Las urgencias médicas. Actas del XIII Congreso Mundial de Derecho Médico. Helsinki. Agosto 2000.

misma ha alcanzado un extraordinario acogimiento en los tiempos actuales, merced a la aparición de instrumentos creadores de riesgos muy cualificados, y pugna por abrirse paso en todos los campos del Derecho.

Por otra parte, conviene resaltar que cuando la legislación acoge el sistema de responsabilidad sin culpa, paralelamente obliga al potencial responsable a estar asegurado contra las consecuencias de su actuar, lo que conduce a que, por el fenómeno de traslación de los costos al precio del producto, las potenciales víctimas de los daños sean las que en realidad aseguren la percepción de la indemnización de la entidad aseguradora, no del responsable. La extraordinaria difusión de los seguros de responsabilidad civil hace que la jurisprudencia se manifieste más rigurosa con el agente productor del daño, cuando el supuesto de hecho no está previsto legalmente como de responsabilidad objetiva. Esta proliferación ha impuesto en la práctica un cambio en la aplicación de la normativa jurídica de la responsabilidad civil, ha contribuido enormemente a una apreciación más flexible y benévola (para la víctima) de los requisitos que han de apreciarse para que una acción u omisión dañosa genere el deber de indemnizar, porque, en último caso el que paga es el asegurador.

Un tema importante es el paso de la responsabilidad personal a la responsabilidad colectiva. Conviene resaltar que, como se dijo antes, los eventos dañosos no son imputables a un individuo aislado (el médico) sino a un grupo de ellos (equipo médico). Esto puede ocurrir de varias formas.

En primer lugar, porque el individuo aislado, en el que se materializa la causa inmediata, se encuentra al servicio de una organización. El fallo humano, del que algunas veces se habla, cuando se trata de discernir la causa del daño, supone el fallo del último eslabón de la cadena, o en último caso, el fallo de toda la organización de que la cadena forma parte[254].

254 E. LLAMAS POMBO. *Responsabilidad médica contractual. Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto: deberes que integran la obligación de medios del médico; obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgo*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil nº 36. Septiembre – Diciembre 1998. Págs. 1005 – 1020.

De esta forma aparece el problema de la imputación de los daños y el deber de resarcir de las empresas, que nuestro CC contempla, [255] lo cual ha llevado a la jurisprudencia a la admisión del hecho de una responsabilidad objetiva del empresario[256].

La postura es la misma cuando se trata de personas jurídicas que no son en puridad empresarios. Es frecuente que se declare el deber de indemnizar en razón de una mala organización, o de un defectuoso funcionamiento del servicio, sin alusión al hecho individual de que, en algún lugar, ha tenido que existir de forma efectiva. El sistema de responsabilidad de la Administración, en el Derecho Administrativo moderno, es un perfecto ejemplo de lo que venimos explicando.

Junto con los daños causados por las personas jurídicas, aparecen los daños que son producto de actividades colectivas, en las cuales, en una sociedad masificada, la identificación del actor se hace imposible.

Para comprender la crisis del sistema de culpa hay que volver al punto de partida; la tensión entre la aspiración a una moralización de las conductas por la vía de una rigurosa y exigente responsabilidad y el deber de reparar todos los daños posibles. La moralización de las conductas individuales parece una línea de actuación adecuada hasta cierto punto: procurar que el individuo sea cuidadoso y que extreme su diligencia, porque si no el peso de la organización social caerá sobre él, pero la acentuación de ese rigor puede conducir a situaciones paralizantes: nadie iniciará actividades mínimamente azarosas si el riesgo que ha de recaer sobre él absorbe o desplaza el beneficio previsible. El principio social es hoy otro: reparar todos aquellos perjuicios en que no se vea razón clara para que la víctima deba soportar por sí sola el daño.

Este principio, anteriormente descrito, cuenta, ciertamente, con innumerables ventajas sociales, siempre y cuando se traduzca en la práctica en la creación de un sistema que evite el riesgo posible de insolvencia ante tantas pretensiones de indemnización a que da origen la necesidad de reparación a ultranza de todo daño sufrido.

255 En el artículo 1903

256 Reforzada intensamente cuando el daño se ha producido por falta de medidas de seguridad en la empresa. STSJ Castilla y León de 22 de febrero de 2012.

El sistema actual es el del seguro de responsabilidad civil, en el cual el asegurador asume el riesgo que para el patrimonio del asegurado supondría la obligación de indemnizar todo el daño que cause, y su significado más profundo es el de una colectivización de los riesgos; la colectividad de los participantes de una actividad que puede entrañar riesgo, contribuye con las primas del seguro que han de concertar a sufragar los daños que alguno de ellos ocasione.

Sin embargo, el seguro no suprime la responsabilidad, ya que no se puede prescindir de ella para articularlo. El asegurador responde porque el asegurado es un responsable civil. Además, con el seguro de responsabilidad civil únicamente quedan cubiertos los daños que se enlazan con la actividad creadora del riesgo cubierta por la póliza. Dicho de otra manera, es una vía de cobertura parcial que, para ser íntegramente protectora, exigiría una multiplicación de los seguros obligatorios que cubriesen las múltiples actividades posibles, lo que, en el momento presente, no resulta factible[257].

Cabe preguntarse al efecto si no llegará el día en que la sociedad reparará todos los daños. De ser así, no sería el seguro quien pagase, sino el sistema impositivo público, y la responsabilidad civil acabaría disolviéndose a fuerza de hipertrofiarse. El Derecho dejaría entonces de esforzarse por vincular a un acto humano el deber de indemnizar y pondría el acento en el mecanismo reparador. Sin embargo, de algún modo, siempre habrá que decidir si, pagada la indemnización por la Entidad Pública, debe existir, o no, la vía de regreso contra el responsable.

En todo caso, parece claro que, en un tratamiento actual de la responsabilidad, no pueden dejarse en la penumbra las transformaciones que, en el régimen jurídico de la misma, ha introducido el sistema de los seguros de cualquier naturaleza y clase. A primera vista, parece que no modifica el mecanismo de la responsabilidad civil, pero también cabe apuntar que, en función de la extensión que han experimentado los seguros, se ha ido realizando de forma progresiva una deformación de las condiciones tradicionales de la responsabilidad civil. Quizá no sea aventurado establecer que la sucesiva desaparición de los requisitos de la antijuricidad del hecho u omisión, o de la culpa, se produce sobre todo en aquellos casos en que la responsabilidad está cubierta por un seguro, o en aquellos otros casos, en que, aunque no exista seguro, debería este haber existido en virtud de una obligación *ex lege* o, incluso, si se quiere, de un deber normal de previsión. Si existe el seguro, en puridad, la figura del

257 M. RIVERA FERNÁNDEZ. *La responsabilidad médico sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Editorial Práctica del Derecho. Valencia 1997. Págs. 393 y ss.

responsable tiende a diluirse. Y tiende a diluirse porque ya no es al agente productor del daño al que se conceptúa como deudor de la reparación, sino al asegurador por vía del seguro. De esta manera han aparecido problemas derivados de las subrogaciones de los aseguradores en la posición de los asegurados contra el responsable, y ha ocurrido también que una gran parte de los conflictos nacidos de la responsabilidad civil se ventilan entre los aseguradores. Y que al lado del derecho legal y del derecho jurisprudencial, haya que hablar y estudiar otro tipo de derecho, nacido en la práctica de los arreglos extrajudiciales.

La profunda transformación del sistema tradicional de aseguramiento de la responsabilidad civil se va traduciendo en realidades legislativas que tienden a la inmediata indemnización por medio de seguros (cuya suscripción se declara obligatoria en determinadas actividades) en caso de muerte o lesiones corporales, abriéndose camino también la indemnización de daños meramente patrimonial, pero hasta un límite tasado en todo caso. Más allá de ese límite, el sistema de aseguramiento deja actuar a lo que podríamos denominar principios tradicionales, y ocurre que, de nuevo, vuelve a aparecer de este modo, en posición central, el contrato de seguro, para atender la necesidad de reparación, y la jurisprudencia, influida por la legislación, y por la extraordinaria difusión de los seguros voluntarios, aplica de hecho sus criterios con diversos expedientes técnicos a supuestos distintos de los previstos en ellos, como no podía ser menos en unas relaciones sociales dominadas por el principio de la reparación del daño sin preocuparse debidamente por sus causas[258].

Desde otro punto de vista, cuando entre dos personas existe una relación jurídica extracontractual[259], una vez producido un daño por un sujeto a otro, interviniendo culpa o negligencia, puede suceder que ese mismo resultado dañoso sea susceptible de considerarse como un incumplimiento contractual[260], que generaría responsabilidad de ese tipo, o como un supuesto de responsabilidad extracontractual, en tanto hubiera producido la obligación de reparar como consecuencia del incumplimiento del principio *neminem laedere*.

---

258 J. C GONZÁLEZ CANALES. *Los seguros de responsabilidad médico sanitaria: ¿quién paga el seguro?*. Médica 97. Recoletos. 1997.

259 Aunque puede ser otra fuente distinta del contrato, según declaran las STS1ª de 26 de enero de 1984 y 16 de mayo de 1985.

260 Independiente de un eventual ilícito penal, como se recoge en STS1ª de 19 de junio de 2012: "… la absolución en el proceso penal de los miembros del anterior consejo rector, no excluye que la Cooperativa pudiera haber incurrido en culpa civil y que el hecho de que dos de los miembros no hubieran podido conocer el fraude que se estaba ejecutando, no comporta que la Cooperativa no hubiera podido descubrirlo o evitarlo, por lo que la hipotética diligencia total de los dos consejeros absueltos no sería extrapolable al Consejo rector ni por ende a la propia Cooperativa…"

El problema se plantea, en la práctica, con relación al seguro, por la existencia de distintos regímenes jurídicos para la regulación de estas responsabilidades, aunque haya una tendencia a la unificación en lo posible, generada porque tienen una finalidad común: el resarcimiento de unos daños. No obstante, hay aspectos que las separan; en este sentido, se puede señalar el diferente plazo de prescripción de las acciones:

- 15 años en la responsabilidad contractual (artículo 1964 del CC)[261].
- 1 año en la responsabilidad extracontractual (artículo 1968 del CC).

Las soluciones doctrinales, reflejadas en la jurisprudencia, han sido variadas[262].

Un sector de autores es partidario de dar opción al dañado para optar entre una u otra responsabilidad, si bien pueden ejercitarse de forma alternativa, o subsidiaria, según algunos[263].

Otro sector doctrinal construye una tesis bajo el presupuesto de que existe una sola pretensión de resarcimiento, fundada en un evento único dañoso, lo que origina una concurrencia de normas en la que puede sustentarse aquella pretensión. Es el juzgador el único competente para la elección de la norma aplicable, en virtud del principio *"iura novit curia"*, sin que, por lo tanto, le vinculen los fundamentos de derecho que el actor alegue en defensa de su posición[264].

La responsabilidad civil puede tipificarse con arreglo a diferentes condicionamientos:

i. En primer lugar, hay que distinguir una responsabilidad subjetiva y una responsabilidad objetiva. La responsabilidad subjetiva se funda esencialmente en

261 Clase de responsabilidad ésta en la que pueden fundarse las reclamaciones contra las acciones u omisiones producidas en el ámbito de la Medicina Privada, pero no de la Medicina Oficial.

262 A. LUNA YERGA. *La prueba de la responsabilidad civil médico sanitaria*. Editorial Thompson Civitas. Pamplona 2004.

263 GARCIA VALDECASAS. *El problema de la acumulación.* Pág. 833, cit. CAVANILLAS MUGICA-TAPIA FERNÁNDEZ. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual, tratamiento sustantivo y procesal.* Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1992. pág. 6.

264 M.YZQUIERDO TOLSADA. *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso.* REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL, CIRCULACIÓN Y SEGURO. Marzo 2004. Pág. 25.

la culpa. Es objetiva, por el contrario, la responsabilidad cuando se produce con independencia de toda culpa.

ii. También podemos distinguir entre responsabilidad directa e indirecta. Estamos ante una responsabilidad directa cuando ésta se impone a la persona causante del daño, y siempre es una responsabilidad por hechos propios. La responsabilidad indirecta se produce si se obliga al resarcimiento a una persona que no es agente productor del daño y es siempre por hechos ajenos.

iii. Se puede diferenciar entre una responsabilidad principal y otra subsidiaria. Esta distinción se funda en el modo como se escalonan el derecho del perjudicado y las obligaciones de los responsables. La responsabilidad principal es aquella que es exigible en primer término. La responsabilidad es subsidiaria cuando el deber impuesto al que es responsable principal no existe, o no se puede cumplir.

2. La responsabilidad civil extracontractual: requisitos[265]

Como se dijo en el epígrafe anterior, para que exista responsabilidad civil es necesario que concurran los siguientes requisitos:

i. Un comportamiento. El CC alude a la acción u omisión (artículo 1902). Al examinar el comportamiento, como punto de origen de todo el fenómeno de la responsabilidad civil, es necesario ver en qué medida debe ser considerado como una falta o como un acto ilícito.

ii. La acción u omisión debe haber producido un daño.

iii. Exige, además, una relación o nexo causal entre el comportamiento y el daño.

iv. Cabe señalar que, junto a las tres exigencias legales apuntadas en los apartados anteriores, para que se produzca responsabilidad civil es preciso que exista un criterio que permita imputar dicha responsabilidad al demandado. El criterio normal de

265 S. RAMOS GONZÁLEZ. *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*. Editorial Thomson Civitas. Pamplona 2004.

imputación es la responsabilidad, si bien la ley admite otros posibles criterios de imputación (relación de dependencia...).

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido interpretando con reiteración estos requisitos de exigencia de responsabilidad civil, que aparecen descritos en el artículo 1902 del CC, pudiéndose citar al efecto las siguientes declaraciones generales:

El Magistrado Guerrero Zaplana[266], por su parte, recoge como elementos configuradores de la responsabilidad extracontractual aquellos declarados en la jurisprudencia y hoy pacíficamente admitidos: *" a) Una acción u omisión ilícitas. b) La producción y determinación de un evento dañino. c) Una situación culpabilista. d) Un nexo causal entre la acción u omisión y el daño.*

- Cabe manifestar que la apreciación más objetiva de la culpa extracontractual propugna la inversión de la carga de la prueba, para obligar al autor de los daños a que acredite que, en el ejercicio de sus actos lícitos, obró con toda prudencia y diligencia precisa para evitarlos, y que tiene su fundamento en el principio de la responsabilidad basada en el mero riesgo o peligro creado, que hace que el daño causado sea el resultado de una causalidad física, con abstracción del factor psicológico de culpabilidad del agente[267]. Pero no puede confundirse la responsabilidad por riesgo con la objetiva[268]. La demostración de conducta diligente en la actuación de demandado es motivo de absolución, aun cuando la demanda pretenda demostrar lo contrario. Así se recoge en sentencia que contiene la consideración de los hijos del fallecido acerca de que *"… el paciente falleció a causa de la negligente omisión de asistencia médica por parte del personal sanitario del centro-hospitalario, que concretan en la falta de detección precoz y retardo en la intervención facultativa adecuada frente a un proceso de agravación de una neumonía; que fue diagnosticado en el hospital en donde ingresó previamente…"* Por el contrario, del conjunto de actuaciones y pruebas practicadas, se evidenció *"…asistencia médica diligente por parte del personal sanitario del centro-hospitalario: adopción a tiempo de los medios materiales y personales para el*

266 J.GUERRERO ZAPLANA. *Responsabilidad y Consentimiento Informado en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 102.

267 SSTS1ª de 14 de julio de 2003 y 27 de abril de 1981.

268 SSTS1ª de 22 de febrero de 2007 y17 de noviembre de 1989.

adecuado seguimiento, evolución y y evitación de ulterior agravamiento de la dolencia diagnosticada que finalmente ocasionó aquél…"[269].

- En modo alguno viene permitida la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la presente realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo[270].

- El principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido precisamente en el artículo 1902 del CC, de tal suerte que se produce la necesidad ineludible de que el hecho le haya de poder ser reprochado culpabilísticamente al eventual responsable, aunque queden a salvo los varios paliativos de tal principio introducidos por la jurisprudencia, como son acentuar el rigor con que debe aplicarse el artículo 1104, exigiéndose como regla general la de imponer el agotamiento de la diligencia, la inversión de la carga de la prueba, o presunción *iuris tantum* de que medió culpa por parte del agente, y más destacadamente la responsabilidad por riesgo, todo ello en beneficio del perjudicado, como requerido por la presente realidad social, a través del cauce del artículo 3.1 del CC[271].

- Si bien es cierto que la jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de objetivar la responsabilidad extracontractual, no lo es menos que tal desarrollo lo ha hecho en un sentido moderado, preconizando una inversión de la carga de la prueba, pero sin excluir en modo alguno el principio de la responsabilidad por culpa (STS1ª de 20 de enero de 2011)[272].

- El principio de la responsabilidad por culpa aquiliana es aplicado por la doctrina jurisprudencial acentuando el rigor de la diligencia requerida según las circunstancias del caso, de manera que ha de ser extremada la prudencia precisa para evitar el daño, e introduce en prudente aplicación complementaria las orientaciones de la denominada responsabilidad basada en el riesgo, pero sin erigirla en fundamento único de la obligación a resarcir (STS1ª de 20 de enero de 2011).

---

269 STS 1ª de 24 de mayo de 2014.

270 SSTS1ª de 27 de mayo de 1982, 23 de octubre 2008, y 20 de enero de 2011 y 11 de abril de 2011 entre otras.

271 SSTS1ª de 11 de febrero de 2011, y, en el mismo sentido las de la misma Sala, de fechas 4 de octubre de 1982, 20 de diciembre de 1982, 6 de mayo de 1983, 13 de diciembre de 1983, 4 de junio de 1991, 23 de septiembre de 1991, 24 de enero de 1992, 11 de febrero de 1992 y 22 de septiembre de 1992.

272 STS1ª de 5 de abril de 2010.

- La doctrina jurisprudencial advirtió con insistencia que, si bien el artículo 1902 CC descansa en un básico principio culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones o cuidados reglamentarios, sino, además, todos los que la jurisprudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba, y presunción de conducta culposa en el agente, así como la aplicación, dentro de prudentes pautas, de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir[273].

- La doctrina de la inversión de la carga de la prueba se basa en que, a la persona que maneja los dispositivos u ordena trabajos, con resultado lesivo, corresponde probar la diligencia por tener cabal conocimiento de los hechos[274].

- La culpa extracontractual ha sido basada en las teorías de la equivalencia de las condiciones[275] y en la causalidad adecuada[276].

- La doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural – relación de necesidad –, adecuada y suficiente para la determinación de la voluntad[277].

- Cuando un hecho dañoso significa violación de una obligación contractual y extracontractual, al mismo tiempo, hay una yuxtaposición de responsabilidades y las acciones pueden ejercitarse, alternativa o subsidiariamente, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso[278].

- No es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana en la órbita de lo pactado, y como desarrollo del contenido negocial, de suerte que si se trata

273 SSTS1ª de 13 de enero de 2011 y, en el mismo sentido, las de 2 de abril de 1986, 19 de febrero de 1987, 16 de febrero de 1988 y 6 de julio de 1988.

274 SSTS1ª de 20 de enero de 2011 que reproduce la doctrina sustentada, entre muchas otras, en las anteriores STS 1ª, de 20 de marzo de 1987 y 16 de diciembre de 1988.

275 Se podrá considerar como causa, según esta teoría, todo hecho que de alguna forma (aún remota) haya contribuido al resultado final. En esta sentido STS3ª de 23 de mayo de 1984.

276 SSTS1ª de 1 de abril de 2009 y 11 de marzo de 1988.

277 SSTS1ª de 1 de abril de 2009, 25 de febrero de 1993 y 3 de febrero de 1993.

278 SSTS1ª de 5 de enero de 2008, 29 de octubre de 2008, 10 de junio de 1991, 6 de octubre de 1992 y 15 de febrero de 1993.

de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia de actividad profesional desplegará aquella sus efectos, y entre otros el de la vigorosa presunción de culpabilidad del titular del centro, sentido en el cual son numerosas las decisiones jurisprudenciales que declaran aplicables los artículos 1902 y siguientes CC, no obstante la preexistencia de una relación negocial[279].

- La culpa extracontractual requiere acreditar la existencia de un resultado dañoso, la relación de causa a efecto entre la actividad dañosa y el resultado causado y la realidad de éste, sin que sea suficiente, para no apreciarla, el acreditar por el causante del resultado que procedió con sujeción a las disposiciones legales para prevenir y evitar daños previsibles y evitables, pues al no haber ofrecido resultado positivo, revelan su insuficiencia y que falta algo por prevenir, estando por tanto incompleta la diligencia (SSTS1ª de 20 de enero de 2011, 5 de diciembre de 1983, 30 de julio de 1991, 31 de octubre de 1991, 15 de julio de 1992 y 24 de diciembre de 1992).

- Para calificar como culposa una conducta no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, y determinar si el agente obró con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, y con la reflexión necesaria con vista a evitar el perjuicio del bien ajenos jurídicamente protegido, contemplando no sólo el aspecto individual de la conducta humana, sino también su sentido social[280].

- En modo alguno viene permitida la exclusión sin más, aún con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la presente realidad social y técnica, del básico principio de la responsabilidad por culpa, lo que comporta la indeclinable necesidad de que el acto dañoso tenga que ser antijurídico por vulneración de una norma, aun la más genérica *(alterum non laedere)*, protectora del bien lesionado y culpable, esto es imputable a negligencia (o dolo) del agente, por más que la diligencia obligada abarque no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino también todos los que la prudencia imponga para prevenir el daño; y desde luego habrá que partir del postulado, como tal irrefutable, de que la culpa de la víctima exonera al agente cuando es único fundamento del resultado,

279 SSTS1ª de 20 de enero de 2011, 24 de junio de 1969, 14 de abril de 1981, 8 de noviembre de 1982 y 9 de marzo de 1983.

280 SSTS1ª de 23 de febrero de 2011 y, en el mismo sentido, las de 23 de marzo de 1982 y 17 de julio de 1987.

rompiendo el nexo causativo, pues por manifiesto ha de tenerse que en tal supuesto no autorizan la condena de otro el precepto legal, la equidad, ni la lógica[281].

Requiere como elemento necesario la incontestable realidad de la causación antijurídica de un daño inmediatamente atribuible a la falta de vigilancia, que podría operar como causa mediata del daño ocasionado por otro cuando se invoca culpa *in vigilando*[282]; siendo necesario alegar y probar qué acto, positivo o negativo, imputable al demandado, tiene la concreta significación de causa mediata del quebranto cuyo resarcimiento se postula[283].

- El requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual; y es preciso porque la exigencia hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, desde el momento que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser[284].

- A consecuencia del matiz objetivo, que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por daños acudiendo a la fuerza mayor, lo que dejaría sin indemnización a la víctima, serán responsables todos los componentes de un grupo determinado cuando el agente formaba parte de él y se ignora concretamente a cuál de los sujetos en concreto ha de atribuirse la autoría del hecho agresivo[285].

- El perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo, y en caso de haber obtenido con el evento alguna ventaja, ésta habrá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento *(compensatio lucri cum damno)*, siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja[286].

- Pero la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño corresponde probarlas al paciente o a sus herederos, pues en el ámbito sanitario queda descartada toda idea de responsabilidad más o menos objetiva[287].

281 SSTS1ª de 14 de marzo de 2011 y 27 de mayo de 1982.

282 STS3ª de 21 de marzo de 2007 que condenó a la Administración a indemnizar, por responsabilidad patrimonial, con 180.000 euros a la familia de un enfermo mental que se suicidó, al considerar que no se tomaron las precauciones debidas, de custodia y vigilancia del enfermo, teniendo en cuenta sus antecedentes y estado de salud.

283 SSTS1ª de 11 de abril de 2011 y 26 de marzo de 1981.

284 SSTS1ª de 15 de enero de 2008, 11 de mayo de 1983, 10 de mayo de 1986, 16 de febrero de 1988 y 2 de diciembre de 1989.

285 SSTS1ª de 15 de diciembre de 2010 y 8 de febrero de 1983.

286 STS1ª de 15 de diciembre de 1981 y STS4ª de 17 de junio de 2007.

287 SSTS1ª de 20 de enero de 2007 y 13 de julio de 1987.

- La responsabilidad civil del productor de fármacos o productos farmacéuticos prescritos por los médicos, en base a los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que elaboró y que se utilizaron por los facultativos, habrá de basarse bien en la negligente fabricación, con lanzamiento al tráfico comercial de una sustancia defectuosa, ora en faltas cometidas respecto de la necesaria instrucción o información al consumidor[288].

- El principio de inversión de la carga de la prueba cede en caso de culpa exclusiva de la víctima[289].

- Se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor por entero de la obligación de reparar en su integridad el daño causado, según dispone el artículo 1144 del CC (SSTS1ª de 3 de enero de 1979, 30 de diciembre de 1981, 28 de mayo de 1982 y 21 de octubre de 1988). Sin que exista litisconsorcio pasivo necesario (SSTS1ª de 11 de abril de 2011, 10 de marzo, 17 de junio y 22 de diciembre de 1989, 21 de abril y 30 de septiembre de 1992).

- Es insistente la jurisprudencia en orden a que procede solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades[290].

- Pero si se trata de "acciones concurrentes con un tanto por ciento idéntico", no procede imponer la solidaridad, pues los comportamientos culposos y su relevancia están individualizados[291].

- Se requiere, para poder apreciar la compensación de culpas entre el agente y la víctima, un actuar independiente del perjudicado respecto al productor del resultado lesivo[292].

288 SSTS1ª de 9 de diciembre de 2010 y 14 de noviembre de 1984.

289 SSTS1ª de 22 de febrero de 2010, 27 de mayo de 17 de julio de 1986.

290 SSTS1ª de 11 de abril de 2011, 13 de septiembre de 1985, 7 y 17 de febrero y 8 de mayo de 1986 y 12 de mayo de 1988.

291 SSTS1ª de 31 de enero de 2011 y 3 de abril de 1987.

292 STS1ª de 3 de enero de 1981.

- Existiendo comportamiento culposo tanto en el causante como en el perjudicado, tal concurrencia, si bien no excluye la obligación de indemnizar, determina la equitativa moderación en el montante económico a satisfacer a la víctima[293].
- La compensación puede ser apreciada sin necesidad de que la pida la parte demandada[294].
- Si el agente ha incurrido en clara omisión de diligencia, la actitud antijurídica del agraviado no llega a romper la relación de causalidad, por lo mismo que no se erige en el único factor desencadenante del hecho dañoso; pero tal actuación concomitante, si bien no elimina la obligación de indemnizar, impone una equitativa moderación en la cuantía del resarcimiento, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes[295].
- La legitimación para reclamar el resarcimiento en caso de muerte corresponde, de ordinario, a los más próximos parientes de la víctima, pero *iure propio* y no por sucesión hereditaria[296].
- La condición de perjudicado puede corresponder también a una persona ligada a la víctima por vínculos de afecto, aunque no exista entre ellas relación de parentesco[297].
- Le asiste a una madre legitimación para reclamar por el daño moral sufrido con la invalidez de la única hija a causa de una intervención quirúrgica[298].

3. El comportamiento del médico y su posible consideración como acto ilícito

El punto de origen de todo fenómeno de responsabilidad civil es un comportamiento, un acto humano. Esta acción humana puede consistir en una acción positiva (o *"facere"*) o en una acción negativa, omisión o abstención (*"non facere"*).

293 SSTS1ª de 20 y 27 de junio de 1983, 25 de abril de 1988, 16 de enero y 7 de junio de 1991.

294 STS3ª de 18 de octubre de 1982.

295 STS1ª de 22 de marzo de 2011 y STS1ª de 21 de junio de 1985 y 22 de abril de 1987.

296 SSTS1ª de 18 de julio de 2007, 12 de diciembre de 1968, 9 de junio de 25 de noviembre de 1969, 24 de noviembre de 1980 y 1 de julio de 1981.

297 STS1ª de 25 de marzo de 2010 y 26 de enero de 1972.

298 SSTS1ª de 25 de febrero de 2011 y 23 de abril de 1992.

Debemos, sin embargo, preguntarnos si para que esta acción u omisión pueda ser considerada como fuente de responsabilidades es preciso que deba ser calificada como ilegal.

En materia de responsabilidad contractual, la cuestión se presenta con bastante sencillez. Preexiste una obligación entre las partes y el comportamiento dañoso es el comportamiento de un deudor que contraviene su obligación y que viola al mismo tiempo el derecho del acreedor.

Puede ser una completa falta de ejecución de aquello que es debido, la ejecución de una prestación defectuosa o la infracción de un especial deber de conducta. En todo caso el hecho generador de la responsabilidad civil contractual es siempre un acto ilícito en la medida en que consiste en una contravención del ordenamiento jurídico, al darse una violación del derecho del acreedor que protege y una falta de cumplimiento de la propia obligación que sanciona.

Por el contrario, en el supuesto de la responsabilidad extracontractual, el CC, siguiendo fielmente en este punto al Código Francés, no exige el requisito del acto ilícito, sino que en la acción y omisión dañosa intervenga cualquier género de culpa o negligencia. La doctrina y la jurisprudencia destacan, en este punto, sin embargo, el carácter antijurídico que debe tener el acto, aunque en la órbita no punitiva su concepto es necesariamente más genérico, menos perfilado y concreto.

En efecto, en el Derecho Penal, como se manifestó antes, las conductas sancionadas están plenamente especificadas en la ley. Pero fuera del Derecho Penal es imposible encontrar una serie de normas que, de manera minuciosa, obliguen a una conducta para no causar daño a un tercero, o, si se quiere, que puntualicen cómo hemos de comportarnos con los demás. Sería una tarea prácticamente imposible (aunque en el ámbito de la responsabilidad médica, los protocolos constituyen un intento de tipificar la actuación ajustada a la *lex artis ad hoc* que se espera de los profesionales sanitarios[299]), y de ahí que el Derecho nunca puede llegar a la certeza absoluta en el campo de la responsabilidad extracontractual.

299 Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 14-10-1994. que recogió la exención de responsabilidad al medio sanitario al haber seguido fielmente el protocolo, aún con la producción del fallecimiento del paciente. Recoge esta Sentencia que: "El diagnóstico de angina inestable supone siempre, según protocolo, el ingreso del paciente en la Unidad de Cuidados Críticos para observar su evolución inmediata, si permanece asintomático durante 48 horas se procederá a su traslado a planta para otras pruebas, si fueran necesarias, o según el caso para su alta…" Todo esto se cumplió con el paciente, quien registró un súbito empeoramiento y a pesar de cuantas

Así pues, lo antijurídico no penal no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta, sino también la contravención del principio *"alterum non laedere"*, que es un principio general del Derecho que informa todo el ordenamiento jurídico que está integrado en él y que constituye la fuente de corrección y prudencia necesarias para que la convivencia sea posible. Por ello es perfectamente posible que incluso el ejercicio de nuestro propio derecho cause un daño resarcible si se ha ejercitado de modo anormal o excesivo (esto es con el abuso del Derecho previsto en el artículo 7 del CC).

En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que el artículo 25.1 CE (en virtud del cual nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en el momento de producirse) *"no es directamente aplicable a los simples actos ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar de manera tan estricta"*.[300]

4. La producción del daño

Otro de los presupuestos que, como se ha dicho, resulta necesario para que surja la obligación de reparar es la producción de un daño.

Nuestro CC no añade ninguna particularidad o adjetivo a la producción del daño, que este deba reunir para que sea resarcible. De la jurisprudencia puede, no obstante, deducirse que toda agresión a un interés legítimo es susceptible de originarlo, no sólo el ataque a bienes y derechos subjetivos[301].

maniobras se le realizaron falleció en el centro sanitario.

300 STco 73/1982, de 2 de diciembre.

301 En este punto, con referencia a la doctrina del abuso del derecho, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sala Primera, exige que quien se excede en el ejercicio del propio derecho, entrando así en el terreno del *neminem laedere*, lesione "un interés no protegido por una especial prerrogativa jurídica", "un interés que no goza de protección jurídica", "un interés no tutelado legalmente".

Con carácter general puede afirmarse, de acuerdo con la práctica jurisprudencial, que han de resarcirse los daños patrimoniales y morales, según que el perjudicado los sufra en su patrimonio o en su persona, respectivamente.

El daño debe ser cierto, realmente existente, con lo que se excluyen los puramente hipotéticos o eventuales, que pueden producirse o no, con lo que, implícitamente, se está haciendo referencia a la imposibilidad de las condenas de futuro en el ámbito civil, pues al ser el futuro esencialmente impredecible e incierto no es posible saber si el daño se va a concretar o no.

Es interesante la discusión, con relación a los daños eventuales, sobre la pérdida de oportunidad, como causa generadora del daño, y así ocurre, por ejemplo, en el ámbito médico con la Especialidad de Oncología, cuando el retraso en el diagnóstico de un proceso oncológico produce un agravamiento de la enfermedad – o incluso su pronóstico fatal –, hecho este que ha sido considerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo como susceptible de indemnización[302].

Juan Calixto Galán Cáceres[303] previene acerca de los excesos en la aplicación de esta tesis, cuando afirma que: *"…se trata de un error sistemático enmarcar dentro de la pérdida de oportunidad del paciente los casos de error de diagnóstico y los relacionados con el consentimiento informado, aunque la jurisprudencia participa también de ello…La pérdida de oportunidad encuentra su verdadero sentido en los casos de retrasos o comportamientos improcedentes en la atención sanitaria…haciéndole perder al paciente una expectativa y la posibilidad de haber evitado el daño…"*

El daño indemnizable o reparable no sólo puede ser actual, sino futuro, cuando surja con posterioridad, según racional certidumbre, o según el estado de conocimientos de la Ciencia Médica. Por ejemplo, de una lesión corporal determinada se deduce, con arreglo a la *"lex artis ad hoc"*, que en un tiempo futuro nacerán secuelas que habrán de ser corregidas. Y, en este

302 En este sentido STS3ª de 14 de marzo de 2006, que obligaba a indemnizar a una gestante por un retraso en la práctica de una ecografía, que podría haber detectado la acondroplasia de la que era portador el feto. La condena, de 62.000 euros se fundamentó, precisamente, en la pérdida de oportunidad de decidir que se le ocasionó a la madre, por la falta de información a tiempo, respecto de la continuidad, o no, del embarazo. Proceso que podría, de haberlo querido así, haber continuado (si era esa su decisión) pero en cuya decisión se le impidió situarse.

303 J.C. GALÁN CÁCERES. *Medicina y Responsabilidad Legal. Medicina y Derecho. Dos mundos en convergencia.* Autoedición. Badajoz 2014. Página 257.

punto, los Tribunales suelen dejar abierta la ejecución de sentencia, en lugar de fijar como indemnización una cantidad determinada; se condena al responsable al pago de cuantos gastos de curación se hayan irrogado o puedan irrogarse, lo que, indudablemente, conlleva ejecuciones continuas de la misma resolución judicial.

También es posible que, ante la aparición de nuevos daños, o agravación de los ya reconocidos en la sentencia condenatoria, se accione nuevamente por el perjudicado en demanda de reparación (lo que ha sido considerado como admisible por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en SSTS1ª de 19 de enero de 2011, 10 de septiembre de 2010,19 de febrero de 1973 y 25 de marzo de 1976). Incluso se ha admitido, en alguna ocasión, la nulidad de la transacción extrajudicial acordada acerca del importe de la indemnización por error (por ejemplo, en la STS1ª de 27 de mayo de 1982).

El daño patrimonial se clasifica, como en materia contractual, en daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del CC, el cual resulta también aplicable a la responsabilidad extracontractual según las SSTS1ª de 10 de septiembre de 2010 y con anterioridad desde las de 22 de octubre de 1932, 2 de diciembre de 1946 y 23 de marzo de 1954).

Por su lado, bajo la denominación de "daño moral" se comprende toda lesión de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tenga también repercusión en el patrimonio. Una difamación a un profesional médico, por ejemplo, aparte de lesionar su honra puede influir en la pérdida de su clientela.

La jurisprudencia española ha reconocido reiteradamente la obligación de reparar los daños morales[304] en sí mismos considerados, superando una etapa en la que exigió que tuvieran trascendencia en el patrimonio de la persona.

Como resultado de esta evolución de la doctrina jurisprudencial, normativamente la cuestión antes apuntada aparece también como resuelta, habida cuenta que la LOPDH, en los

304 A pesar de la evidente dificultad de su tasación. STS3ª de 28 de febrero de 1995: "…Este Tribunal Supremo tiene declarado que los daños morales escapan por su naturaleza a toda objetivación mensurable, por lo que su cuantificación ha de moverse dentro de una ponderación razonable de las circunstancias del caso, situándose en el plano de la equidad y así se pronunció en sus sentencias de lo Contencioso-Administrativo de 29 de enero de 1986, 4 de abril de 1989 y 26 de octubre de 1993…"

supuestos de intromisiones ilegítimas, obliga a indemnizar el perjuicio, que se presumirá siempre que aquéllas se den[305].

El artículo 9, apartado 3, de la susodicha Ley dice, además, que *"la indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida".*

La jurisprudencia ha venido mostrando una tendencia sumamente expansiva en la apreciación de los daños morales inferidos a las personas, pues acoge la necesidad de indemnizar los siguientes supuestos, a título informativo:

- Los sentimientos de afecto familiar o de los nacidos de una estrecha amistad en el caso de muerte[306].
- Los dolores físicos ocasionados por las lesiones[307] (STS 3ª de 10 de abril de 2000).
- La fama y la consideración social (STS4ª de 4 de junio de 2004).

En el ámbito civil, prescindiendo de determinados supuestos de responsabilidad como acontece con los daños producidos por el uso de vehículos a motor en que existe un baremo de indemnizaciones por las lesiones producidos como consecuencia del tráfico, la estimación del daño moral, para los restantes daños, suele ser discrecional del juzgador.

Sin embargo, para los ataques al honor, intimidad e imagen, la LOPDH señala los siguientes criterios:

- Las circunstancias del daño.
- La gravedad de la lesión.
- La difusión o audiencia del medio en que se haya producido.

305 F. HERRERO TEJEDOR. *La intimidad como derecho fundamental*. 1ª Edición. Diciembre 1998. Editorial Colex. Págs. 10.

306 SSTS1ª de 25 de febrero de 2011 y 29 de junio de 1995.

307 O los "evidentes sufrimientos físicos y psíquicos producidos por seis sucesivas intervenciones quirúrgicas". STS4ª de 23 de febrero de 1988.

- El beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Debe ponerse de manifiesto al efecto que los criterios antes enunciados pueden ser tenidos en cuenta, con carácter analógico, para la reparación de las lesiones a otros bienes y derechos de la persona, distintos del honor, la intimidad personal y la propia imagen.

La indemnización de los daños morales no resulta incompatible con la de los perjuicios materiales. No debe entenderse en este punto que se concede, por un mismo hecho, una doble indemnización, sino una sola de mayor entidad, como puso de manifiesto la STS1ª de 9 de diciembre de 1949, cuyo criterio ha sido seguido por la jurisprudencia posterior.

Debemos de referirnos también a la consideración especial del daño como consecuencia de la privación de la vida y, en este punto, plantear si, cuando la conducta tipificada como de ilícito civil produzca como resultado la muerte de una persona puede estimarse que es un daño que se causa a la misma y, en consecuencia, sus herederos están legitimados para pedir la reparación.

Debe entenderse en este punto que la pérdida de la vida, por culpa o negligencia ajena, es un daño que se causa a la persona misma, consistente en acortársela, en lo prematuro de la defunción.

De la misma forma que en el seguro para el caso de muerte, la persona se asegura del riesgo que supone la pérdida prematura de su propia vida, puede pensarse que la responsabilidad civil del que dolosa, culposa o negligentemente causó daño a otro, constituye una especie de garantía o seguro legal a cargo de cada persona (como consecuencia del riesgo que su conducta supone) a favor de todos los demás; el beneficiario del seguro tiene así cubierto (en la medida de lo posible) el riesgo de pérdida de la vida por conducta ajena.

El hecho causante se produce viviendo la víctima, y la muerte sobrevenida manifiesta su carácter y su alcance (consecuencia). Por otra parte, se hace constar que media siempre, por incuestionables razones fisiológicas, un mínimo intervalo entre la causa que produce la muerte y la muerte en sí misma considerada, suficiente para que antes de la muerte se haya adquirido por el patrimonio de la víctima el derecho al resarcimiento.

La cuestión que estamos debatiendo se resuelve de una manera clara y terminante a favor del derecho al resarcimiento de la propia víctima, que se integra en su patrimonio, y pasa por tanto a sus herederos, en el CP.

5. La responsabilidad de los aseguradores

En lo que respecta al resarcimiento dimanante de la responsabilidad de los aseguradores, cabe señalar que el artículo 117 del CP, establece, sin precedente alguno en el derogado CP de 1973, lo siguiente:

"Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determina el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida, o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".

El vigente CP ha decidido plasmar en este precepto la constante jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, seguida por los Juzgados y Tribunales del Orden Penal, en virtud de la cual se integraba la relación contractual (seguro obligatorio y/o seguro voluntario) entre compañía y aseguradores – asegurados, en el esquema de la responsabilidad civil directa o solidaria (cuando se ha concretado el denominado seguro voluntario) y subsidiaria (cuando sólo se concertó el seguro obligatorio).

Sin embargo, este precepto no ha recogido las dos posibilidades esbozadas en la jurisprudencia anterior a la promulgación del vigente CP, limitándose a regular la responsabilidad civil directa. Ante ello cabe preguntarse lo siguiente: si quiere ello decir que, a partir de la entrada en vigor del actual CP ha desaparecido la posibilidad de calificar la responsabilidad civil de los aseguradores como directa, o solidaria, o subsidiaria, dependiendo de la diferente naturaleza, voluntaria u obligatoria, del contrato.

Parece que la respuesta a tal interrogante debe ser afirmativa. El empleo en este precepto de la expresión "hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente

pactada" parece inducir a pensar que el legislador penal ha decidido parificar en la responsabilidad civil directa tanto los contratos de seguro "obligatorio", como el "voluntario".

En todo caso, la exigencia de responsabilidad civil en estos supuestos se precisa en ciertos extremos. En primer lugar, el riesgo se asume respecto del "uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad", lo que remite a la legislación civil y mercantil aplicable.

En segundo lugar, la naturaleza de la responsabilidad civil es la directa, descartando la subsidiariedad, que se extenderá, como ya se ha indicado, bien al límite que la Ley fije obligatoriamente para la indemnización, o bien la que libre y convencionalmente pacten las partes al amparo de la autonomía de la voluntad. Finalmente, queda a salvo el derecho de repetición que, tras satisfacer el importe de la indemnización el asegurador, corresponde a éste frente a quien corresponde[308].

En este campo, debe de tenerse muy en cuenta lo dispuesto en la LOSSP, especialmente en lo relativo al deber de información al tomador del seguro, conforme a cuyo tenor:

"Antes de celebrar un contrato de seguro distinto al seguro de vida, si el tomador es una persona física, o cualquier contrato de seguro de vida, la entidad aseguradora deberá informar al tomador sobre la legislación aplicable al contrato, sobre las disposiciones relativas a las reclamaciones que puedan formularse y sobre los demás extremos que se determinen reglamentariamente.

Durante todo el periodo de vigencia del contrato de seguro sobre la vida, la entidad aseguradora deberá informar al tomador de las modificaciones de la información inicialmente suministrada y asimismo en los términos que reglamentariamente se determine, en todo caso, con periodicidad anual, sobre la situación de su participación en beneficios.

Antes de celebrar un contrato de seguros, la entidad aseguradora deberá informar al tomador sobre el Estado miembro y autoridad a quienes corresponde el control de la actividad de la propia entidad aseguradora, extremo éste que deberá, asimismo, figurar en la póliza y cualquier otro documento en que se formalice todo contrato de seguro".

308 A. GUIRAO GARCÍA, F. MARTÍNEZ LÓPEZ, A. PARDO HERNÁNDEZ, S. PELAYO PARDOS Y D. VELA PÉREZ. *El seguro de responsabilidad civil como fuente de identificación de riesgos. Jornadas de Derecho y Sanidad*. Universidad de Castilla La Mancha. Cuenca. 1996. Págs. 238 y ss.

Como se ha dicho, la actual regulación penal sobre la responsabilidad de los aseguradores, establecida en el artículo 117 del CP, responde a una profusa jurisprudencia anterior, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de la que pueden destacarse, en el tema que venimos tratando, las siguientes orientaciones:

Sobre la posición y responsabilidad de las compañías aseguradoras del seguro voluntario en el proceso penal ha sido afrontado por la jurisprudencia, [309] cuya doctrina es la siguiente:

i. La relación del asegurador con el suceso que ha determinado la incoación de un proceso penal no lo es *ex delicto*, como sería lo procedente para generar una responsabilidad civil dimanante del delito y exigible en dicho proceso penal, sino *ex contracto*, y, por lo tanto, toda reclamación de daños a terceros que se formule contra la compañía aseguradora, debe canalizarse por la vía civil y no por el cauce penal, máxime habida cuenta de que la norma impide a los aseguradores toda intervención en el proceso penal, que no sea la de constituir fianzas a que se hubieran obligado.

ii. Tras la LCS, las compañías de seguros que cubran los riesgos de responsabilidad por daños a terceros serán responsables directos, por lo que los perjudicados no necesitarán ejercitar la acción subrogatoria contra el asegurador, sino que podrán dirigirse directamente contra el mismo, si bien la acción, de ordinario, habrá de ejercitarse en el proceso civil y no en el penal.

iii. Si la aseguradora, por las razones que fuere, se ha personado en el proceso penal, y ha sido parte, con los derechos y deberes inherentes a esa condición, por economía procesal la sentencia que se dicte, podrá absolverla o condenarla de las pretensiones de las partes acusadoras que se referirán a la responsabilidad civil.

La STS1ª de 3 de julio de 2009 y la STS2ª de 17 de marzo de 1987 declaran que la responsabilidad directa, en virtud del seguro voluntario, exige para su actuación, la pretensión de parte conforme al principio de rogación, y que se dé entrada al proceso a la entidad aseguradora para hacer realidad el principio de bilateralidad en la audiencia, constitucionalmente afirmado por el artículo 24 de la CE, mientras que recuerda que la acción directa para el seguro obligatorio nace *ex lege* y no necesita de rogación ni presencia de la parte aseguradora, prohibida por el artículo 784 de la LECrim.

309 En las SSTS2ª de 30 de septiembre de 1977 y 26 de abril de 1985, entre otras muchas.

Los límites del seguro voluntario alcanzan al tercero que ponga en ejercicio la acción directa contra el asegurador en un proceso penal (STS2ª de 27 de marzo de 1989).

6. Los herederos, titulares del derecho a la indemnización

Por lo demás, también el artículo 113 del vigente CP, que refunde las disposiciones de los antiguos artículos 104 y 105 del CP 1973, contiene previsiones relativas a la transmisión a los herederos del perjudicado la acción para hacer efectiva la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal con resultado de muerte.

En efecto, dice así el citado precepto penal:

"La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubiesen irrogado a sus familiares o a terceros".

Como ya se ha manifestado, el vigente artículo 113 del CP refunde las disposiciones contenidas en el antiguo artículo 105 del CP de 1973, al amparo del cual se dictó la siguiente jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

- A la hora de fijar el titular o titulares de la indemnización se ha de ponderar, en los presuntos beneficiarios, la concurrencia o no de los tres factores (gastos funerarios, desamparo y daño moral) así como el grado de intensidad con que se dan. El Tribunal Supremo, en SSTS2ª de 25 de marzo de 2010, 14 de abril de 1988 y 8 de febrero y 12 de mayo de 1990, declaró que era aplicable a estos casos el antiguo artículo 104 del CP de 1973 (que utilizaba el término "familia"), y no el antiguo artículo 105 (que aludía a "herederos") porque al fallecer una persona como consecuencia de un delito, surge la obligación de indemnizar, pero no por virtud del fenómeno sucesorio, puesto que el difunto nada llegó en vida a adquirir que, integrado en su patrimonio, fuera luego objeto de transmisión *mortis causa*. Así lo reafirmaron, además, las SSTS2ª de 15 de abril de 1988 y 12 de mayo de 1990.
- Es constante la doctrina jurisprudencial que señala al perjudicado y no al heredero, como titular de la indemnización por causa de delito. Sin embargo, por imperativo

del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la CE y, en evitación del perjuicio que el fallo incorrecto del Tribunal a quo habría de producir en los titulares de la indemnización, sin culpa alguna por su parte, es procedente mantener aquella decisión del Juzgador de Instancia, por cuanto que evidentemente los herederos de la víctima han sufrido indudablemente un perjuicio derivado exclusivamente del delito. Tales herederos son, pues, los titulares de la indemnización, no a título derivativo como causahabientes de los fallecidos, sino porque en ellos concurre, además, la condición de perjudicados, dejando a salvo los derechos de los terceros, no herederos, que pudieran existir y habrían de reclamar su derecho por la vía civil correspondiente (SSTS2ª de 12 de junio de 2009, 15 y 19 de abril de 1991 y 17 de enero de 1992).

- La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene declarado que tienen la condición de perjudicados con derecho al resarcimiento (repetimos, con arreglo al antiguo CP de 1973), pudiendo ejercitar la acción civil correspondiente, o siendo objeto de la misma, no todos a quienes puedan trascender perjuicios derivados de la acción criminal sino tan sólo los titulares de un interés directo e inmediatamente derivado del delito y el daño, por ello, ese Tribunal en numerosas sentencias, ha venido reconociendo que no puede desconocerse el daño moral que implica para los padres la muerte de un hijo, en situación de relaciones familiares normales y que el derecho al resarcimiento de dicho daño es perfectamente compatible con aquél al que tenga derecho el cónyuge, tanto por los daños materiales como por los morales, pues si bien respecto a los daños materiales sólo pueden reputarse perjudicados los que sufran un menoscabo patrimonial, como pueden ser todos aquellos familiares más inmediatos en los que ha producirse el natural dolor por la pérdida del ser querido, razón por la que esa Sala ha venido declarando la compatibilidad, como se dice, entre otras, en la STS2ª de 20 de octubre de 1986, de las indemnizaciones a la esposa viuda y al padre del fallecido.

- Ha de atenderse en la determinación del *"pretium doloris"*, sobre todo, al vacío que deja la víctima en la parte reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado, del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo. Llegados a este punto hay que reconocer que palpita siempre en la doctrina jurisprudencial sobre el daño moral. En el *"factum"* no aparecen datos que conlleven esa íntima conexión familiar del fallecido, soltero, sin otros parientes, con su hermana; más bien parece que

convivía con ella antes de producirse el óbito (SSTS2ª de 30 de junio de 2008 y 5 de noviembre de 1990).

- Es obvio que a la familia pertenecen los hermanos, quienes por su condición de tales, aunque no exista en la sentencia referencia alguna a las relaciones de convivencia o de particular afección, están legitimados para recibir *iure propio* la prestación reparatoria por daño moral, cuando no existan otros familiares más inmediatos (STS2ª de 9 de febrero de 1981).

- El vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se pruebe un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización, dado que los hermanos están dentro de un orden natural de efectos, reconocido paladinamente por ciertos preceptos penales (encubrimiento, excusa absolutoria, lesiones) y en las instituciones civiles, particularmente en materia de sucesión intestada, tutela y deuda alimentaria (STS2ª de 1 de febrero de 1991).

- Respecto de la *"pecunia doloris"*, en caso de hijos menores, respecto de su padre fallecido, huelga toda argumentación[310].

- La responsabilidad civil comprende el daño moral (STS2ª de 26 de junio de 1986); y aunque la sentencia impugnada manifiesta que no consta la existencia de lazos afectivos con los recurrentes, no puede deducirse de ello, principalmente en el hijo, que no le haya producido el dolor que, obviamente, es lógico y natural en un hecho de esta naturaleza (STS2ª de 2 de marzo de 1992).

- Comprenderá también los daños causados por razón del delito al perjudicado o a su familia y en ese concepto, además del cónyuge entran los hijos, aunque no tuviesen dependencia económica y fueran casados (STS2ª de 26 de junio de 1986).

- Es preciso recordar que la indemnización por causa de fallecimiento no se concede a los "herederos", sino a los "perjudicados" (SSTS2ª de 15 y 19 de abril de 1991), y si a los recurrentes, como hijos del fallecido... no se les puede negar su derecho a ser indemnizados por daños morales (dado que es lógico y razonable que en ellos ha de producirse el natural dolor por la pérdida del ser querido), no puede predicarse igual

310 SSTS2ª de 18 de abril de 1988. Concretamente, con referencia a los hijos, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene declarado:
1.- "Que no es preciso, por evidente, su mención como beneficiarios de la condena" (STS2ª de 9 de febrero de 1981).
2.- "Su condición de beneficiarios es procedente, aunque aquéllos no dependieran económicamente del padre" (SSTS2ª de 12 de noviembre de 1981 y 20 de abril de 1982).

conclusión respecto de los daños materiales, pues sólo pueden reputarse perjudicados en tal sentido a los que sufren un menoscabo patrimonial, cual puede ocurrir con aquellos que dependieran económicamente del fallecido, lo que no aparece acreditado en forma alguna en el *factum* constatado – intocable en la vía casacional esgrimida. No obstante, declarada la compatibilidad, a efectos indemnizatorios, de dichos familiares perjudicados con el cónyuge viudo, conviviente con el fallecido, perjudicado "material" y "moral" (SSTS2ª de 20 de octubre de 1986 y 13 de febrero y 19 de abril de 1991), obvio resulta que los primeros no pueden solicitar, fundadamente, cantidades indemnizatorias superiores a las del segundo y menos a los Tribunales acceder a dichas pretensiones, por contrarias a derecho, no tanto por aplicación de las normas sucesorias como por razones de justicia y equidad (STS2ª de 14 de noviembre de 1992).

- Tal motivo de casación, por infracción de Ley, debe ser acogido, porque de lo expuesto en la propia sentencia recurrida no se deduce la existencia de ningún perjuicio material o moral para dichos dos hijos de la esposa que pudieran estimarse derivados de la muerte, que no era su padre (STS2ª de 24 de octubre de 1989).

- Es evidente que, cuando se reconocen indemnizaciones por muerte de uno de los progenitores, puede existir un conflicto de intereses entre el supérstite y los hijos, de modo que, por ello, no puede considerarse jurídicamente incorrecto que el Tribunal de Instancia haya acordado, de propia iniciativa, el sometimiento de la madre – hoy recurrente – a la normativa del Código Civil (artículo 4.1 del CC) ya que – como se dice en la STS2ª de 30 de noviembre de 1961 – "no se requiere nombramiento de defensor cuando los intereses del menor están bajo la inspección y vigilancia de los Tribunales, como cuando aquél ha de percibir una indemnización por fallecimiento en accidente del padre, hallándose el asunto sometido a pleito" (STS2ª de 10 de mayo de 1994).

- En cambio, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha mantenido una doctrina totalmente contraria a la de la Sala de lo Penal que hemos expuesto, basada en el argumento de la falta de acción de la víctima[311].

No hay transmisión a los herederos, salvo de la acción para reclamar perjuicios materiales irrogados al patrimonio del fallecido (por ejemplo gastos médicos, entierro, pérdidas

311 M. A ORRIOLS SALLÉS. *Un paso atrás en el principio de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad de la Administración como consecuencia de la presencia de compañías aseguradoras en el proceso.* La Ley, 17 de febrero de 2003.

económicas por no trabajar...). En cambio, legitima a los más próximos parientes de la víctima, e incluso a amigos íntimos, para reclamar iure propio por los daños morales y materiales que experimentan por la muerte de un ser querido, y por la desaparición de los auxilios y alimentos que él les prestaba, o podía prestarles en el futuro (SSTS 26 de enero de 1972, 1 de julio de 1982 y 4 de mayo de 1983).

Es jurisprudencia constante de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que no basta con alegar la realización de un acto u omisión culpable, sino que se exige la prueba cumplida de la realidad del perjuicio, a cargo del perjudicado, así como la de la extensión y alcance del daño (STS1ª de 19 de septiembre de 1986).

Hay que observar, sin embargo, que en materia de daños causados por la muerte de una persona, la jurisprudencia muestra una gran laxitud en su apreciación, pues no exige la prueba cumplida de los perjuicios materiales ocasionados a los más próximos parientes.

7. La relación de causa – efecto entre la acción u omisión y el daño producido

De acuerdo con lo preceptuado, tanto en los artículos 1.101 y siguientes del CC como en el artículo 1.902 del CC, el daño ha de ser causado por determinados comportamientos humanos, de tal forma que el que causa daño a otro está obligado a repararlo.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, se ha mantenido en este punto, de modo constante, la tesis de que la existencia de una relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño constituye un requisito necesario para que se origine la responsabilidad.

Respecto a la prueba de la relación de causalidad se considera que, para la determinación de la existencia de la relación se requiere una acción u omisión (causa), y el daño o perjuicio resultante (efecto); de este modo se viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige, para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente para la determinación de la voluntad; debiendo entenderse por consecuencia natural aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad conforme a los conocimientos aceptados; y debiendo valorarse en cada

caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente como para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos que, por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una posible interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

Además, se apostilla que la doctrina jurídica en torno a la problemática que plantea la relación de causalidad ha sido estudiada en profundidad por la doctrina y la jurisprudencia, tanto en el orden penal[312] como en el orden civil[313], habiéndose manifestado a través del tiempo dos doctrinas imperantes y sucesivas.

La primera, aquella que vio la solución de todos los problemas que plateaba en la llamada "equivalencia de las condiciones[314]", entendida en el sentido de que se reputa como causa toda condición que hubiese contribuido a la producción del resultado, entendiendo contenida la condición en el aforismo "conditio sine qua non"; es decir, que el resultado no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado. En cuanto a la segunda, la conocida por la de la causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es apropiada para la producción de un resultado de una clase dada y determinada y, tan sólo en el caso de que la contestación fuese afirmativa cabría apreciar la existencia de nexo causal para la exigencia de responsabilidad[315].

Esta doctrina es perfectamente viable y aplicable a los supuestos de coexistencia de conductas contributivas a la relación de causalidad, demandando tan sólo para su solución la determinación de la contribución de cada conducta en la relación causal determinante del resultado[316].

312 Como consecuencia de los delitos de imprudencia.

313 Por los daños causados por culpa contractual o extracontractual.

314 Según esta teoría todos los hechos de la cadena causal actúan como causas concurrentes. STS3ª de 23 de mayo de 1984.

315 Doctrina ésta que, en la actualidad impera en los Órdenes Judiciales Penal y Civil.

316 STS3ª de 29 de marzo de 2005: "...constituye causa toda condición del resultado, de acuerdo con las reglas de la experiencia, siempre que sea jurídicamente relevante…la relación causal no se presume debe de ser probada por quien la invoca como integrante del supuesto de la norma cuya aplicación reclama…"

En suma, para que pueda estimarse la acción de responsabilidad civildebe existir una relación causa – efecto adecuada entre la acción u omisión médica y el daño producido, la cual debe ser directa, próxima y principal del resultado.

8. La concurrencia de causas

El problema que se plantea en esta materia es muy complejo, pese a su aparente simplicidad, ya que, por ejemplo, se puede afirmar que todo fenómeno que se verifica en un determinado momento, y del cual se busca la causa, no está precedido de varias posibles concausas y no de una sola.

En efecto, resultan frecuentes en el ámbito de la medicina, en relación con la causa productora del evento dañoso, las dudas acerca de si el evento dañoso trae causa de la actuación médica o, por el contrario, corresponde a una situación derivada de la enfermedad misma del paciente.

En colación con lo expuesto en el párrafo anterior, jurisprudencialmente se entiende que, estrechamente vinculado al problema de la causalidad, se encuentra la diversa índole de los daños y lesiones que pueden producirse en el tratamiento médico sobre la enfermedad, la asistencia sanitaria, la constitución propia del enfermo y un conjunto variable de circunstancias concurrentes, elementos que, en cada caso, habrán de ser valorados y medidos[317].

En términos generales, y como orientación en materia tan compleja, puede imputarse la realización de estos daños, con carácter principal, bien a la enfermedad o al tratamiento médico prestado.

Dentro del primer caso, a su vez, conviene distinguir entre los daños que la enfermedad produce necesariamente, a pesar de todos los tratamientos médicos por adecuados y eficaces que ellos sean, ya que vienen impuestos por el carácter caduco y enfermable de la condición humana y; los daños producidos por la enfermedad, pero que son evitables con un tratamiento médico prestado a tiempo y adecuado y que su producción es debida a la falta de asistencia sanitaria o a que la prestada no fue la adecuada.

317 STS1ª 22 de febrero de 1946 y 30 de diciembre de 1981.

También, con respecto a los daños en los que el tratamiento médico es factor determinante, es preciso distinguir dos supuestos: aquellos daños que son intrínsecos al tratamiento como tal y que por ello se producen de modo necesario y justificado por su finalidad terapéutica; y aquellos otros que el tratamiento médico produce, al margen de su finalidad terapéutica, y que son daños producidos bien porque no es el tratamiento procedente o adecuado el prestado, o porque en su realización se introducen circunstancias que lo desnaturalizan y que son ajenas a la constitución individual del enfermo.

Si, como apuntábamos anteriormente, el hecho no está precedido por un solo antecedente, sino por varios, es preciso decidir cuál de ellos reviste o merece el papel de causa eficiente[318].

Para resolver esta cuestión se han formulado en la doctrina diferentes construcciones teóricas en el ámbito del Derecho Penal, limitándose la doctrina civil a recibirlas y aplicarlas al supuesto de responsabilidad de esta índole.

Sin perjuicio de las dos grandes teorías sobre la concurrencia de causas apuntadas anteriormente, de una forma más detallada, las múltiples teorías formuladas[319] pueden diferenciarse en los siguientes grupos:

i. El primero de ellos está regido por el principio de que no puede hacerse ninguna diferenciación entre los diversos antecedentes que pueden confluir en el resultado dañoso. Todos tendrán el rango de concausas, siempre que se cumpla el siguiente postulado: un hecho es causa de otro cuando, si hubiera faltado el antecedente, no se hubiera producido el resultado (Teoría de la equivalencia, o de la conditio *sine qua non).*

ii. Otro grupo está constituido por las teorías que destacan, dentro del conjunto de antecedentes, uno o varios de ellos, para conceptuarlos como causa del resultado, evitando así la amplitud que tendría la responsabilidad con la teoría de la equivalencia. Las posiciones doctrinales varían, sin embargo, cuando se trata de establecer un criterio con arreglo al cual ha de procederse a aquella selección.

318 A, LUNA YERGA. *La prueba de la responsabilidad civil médico – sanitaria. Culpa y causalidad*. Obra citada.

319 A. DOMINGUEZ LUELMO. *Derecho Sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Ed. Lex Nova. Valladolid, 2007. Págs. 63 y ss.

iii. Un sector sigue el de la adecuación (teoría de la causa adecuada), estimando como causa del daño el antecedente que es probable, posible o razonable que lo ocasione.

iv. Otra dirección entiende que el hecho más próximo al daño debe ser la causa (teoría de la causa próxima) y, en fin, se mantiene también que el hecho más eficiente es el decisivo (teoría de la causa eficiente), aunque las opiniones sobre la eficiencia son discrepantes pues, o bien se detecta en el hecho más activo, o en el que tiene en sí mismo la fuerza determinante para producir el daño, tal y como se ha dado.

La posición de la Sala Primera del Tribunal Supremo es favorable al arbitrio judicial, que ha de establecer el nexo causal inspirándose en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso, como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos[320].

Esta discrecionalidad se encuentra muy atenuada por otra doctrina jurisprudencial, según la cual "no cabe en el terreno jurídico estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas, respectivamente, como mediata o inmediatamente originadoras del evento dañoso que, por su acción conjunta se produjo (SSTS1ª de 13 de mayo de 2011, 4 de junio de 1980 y 23 de septiembre de 1988)[321].

9. Circunstancias que exoneran de responsabilidad; en especial la fuerza mayor y los supuestos de concurrencia de culpas entre el agente y el perjudicado

En el ámbito de la responsabilidad civil pueden operar tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, lo mismo que en la responsabilidad contractual. La exclusión de responsabilidad por la concurrencia de cualquiera de estos elementos tiene su fundamento en: *"…el artículo 1105 del Código Civil cuando establece que fuera de los casos expresamente previstos o en los que la*

320 SSTS1ª de 15 de abril de 1964 y 30 de diciembre de 1981.

321 El nexo causal puede ser examinado en el Recurso de Casación, respetando la apreciación hecha por la existencia recurrida sobre la existencia de la acción u omisión. El Tribunal Supremo puede enjuiciar si es bastante o suficiente, total o parcial, debido a una sola causa o en concurrencia con otras (SSTS1ª de 19 de junio de 1980 y 10 de marzo de 1987).

obligación así lo señale, nadie será responsable de los sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables[322]*"*

No obstante cabe anotar que la responsabilidad, cuando es objetiva, prescinde de la culpa del agente, y por tanto la única circunstancia que excluye esta responsabilidad es la fuerza mayor.

Así se aprecia en los artículos 1905 y 1908.3 del CC, y en la legislación que acoge específicamente el principio de la responsabilidad objetiva para la reparación del daño causado, en el ejercicio de determinadas actividades, o en la responsabilidad patrimonial (artículos 139 y siguientes LRJAP-PAC).

De esta legislación se obtiene que la fuerza mayor es un acontecimiento externo al círculo de actuación del agente, que reúne las notas de imprevisibilidad o de inevitabilidad.

Problema arduo se presenta cuando el caso fortuito, o la fuerza mayor, concurre con una conducta del agente que merece reproche de culpabilidad. Creemos que, entonces, debe examinarse si aquél caso o fuerza hubiera producido el mismo resultado dañoso sin la conducta del mismo, y si la contestación fuese afirmativa, quedará liberado éste de toda responsabilidad, igual que si el daño es ocasionado por la nueva causa, aunque la conducta del agente pudiera haberlo producido si no se hubiera interrumpido la relación de causalidad.

Si el caso fortuito o la fuerza mayor viene a agravar el resultado de la conducta del agente, deben ser tratados como concausas y éste no ha de responder de todo, sino de la parte que le corresponde, lo que, en la práctica, se traducirá en una compensación de culpas o en la moderación del *quantum* indemnizatorio.

En la práctica médica, es frecuente que en la producción de un daño haya intervenido una acción u omisión culposa de la propia víctima[323] (por ejemplo, faltar a los reconocimientos médicos prescritos después de una intervención quirúrgica para vigilar la evolución de la enfermedad). En cambio, el problema se plantea cuando ambas conductas son culposas (la

322 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 376.

323 STS1ª de 19 de junio de 1995 que acredita la producción de los daños en el período postoperatorio del paciente, durante su etapa de recuperación domiciliaria, declarando que la actuación sanitaria recibida con anterioridad fue correcta:

del médico y la del paciente) ya que las dos conducen al resultado dañoso (por ejemplo, la falta de información por parte del médico sobre la necesidad de controles después de la intervención quirúrgica y, aún citado el paciente para reconocimientos posteriores, por el personal no sanitario, el mismo omite acudir en los días señalados). En este supuesto nos hallamos ante concausas siempre que cualquiera de ellas prepare, condicione o complete la acción de la causa última.

En materia de compensación de culpas, debemos partir del hecho de que pueden presentarse dos supuestos distintos en el ámbito de la relación de causalidad, en donde la actuación del perjudicado afecta al curso normal de los acontecimientos, lo que motiva diferentes soluciones de no haber concurrido la actuación de aquel[324].

Por un lado y, en primer lugar, se puede resaltar la denominada "compensación de culpas"; es decir, cuando la actuación del propio perjudicado afecta de forma considerable a la producción del evento dañoso; y por otro, aquel evento dañoso que se produce por la actuación propia y exclusiva de la propia víctima o perjudicado.

En relación con lo indicado en el párrafo anterior y, desde un punto de vista doctrinal[325] se viene sosteniendo que la concurrencia de culpas, conduce a distinguir tres soluciones diferentes: a) absorción de la culpa de la víctima por la del agente, debido a la magnitud de ésta; b) el supuesto contrario, es decir, absorción de la culpa del agente por la de la víctima, en atención a la importancia de ésta; y, c) la consideración de que ambas son similares o equivalentes, denominándola moderación o reducción de la indemnización reclamada.

Así pues, en razón a lo expuesto, jurisprudencialmente se viene señalando que: "Para que la culpa de la víctima exonere al agente de responsabilidad, ha de ser el fundamento exclusivo del resultado y obtener acusado relieve e intensidad suficiente para absolver toda otra concurrente, sin que en otro caso pueda tener más alcance que la moderación del montante económico a satisfacer".

---

324 En su interpretación más absoluta STS2ª de 12 de junio de 1990. En el presente caso la actuación policial no ha excedido de los medios normales para conseguir la detención de un presunto delincuente y, es la actitud de este último al actuar violentamente contra los funcionarios de la Policía e intentar incluso atropellarlos con el vehículo que conducía, derribándolos al suelo, desde donde dispararon contra el vehículo, lo que rompe el nexo causal convirtiéndose en causa única de las lesiones que se le infirieron y le causaron la muerte.

325 L. DIEZ PICAZO. *Derecho de daños*. Ed. CIVITAS. Madrid 2000, págs. 93 y siguientes.

Tratándose de la concurrencia de culpa del agente y la del perjudicado o víctima, los Tribunales[326] deben moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado, de tal forma que cuando en la producción del daño concurren varias causas, deben compensarse la cuantía de la responsabilidad al grado y naturaleza de la culpabilidad, de manera que si no se produce culpa exclusiva de la víctima y es compartida por el culpable, debe distribuirse proporcionalmente el *quantum*; siendo la moderación de responsabilidad prevenida en el art. 1103 CC, facultad discrecional del juzgador, no revisable en casación, dependiendo de las circunstancias del caso.

Por otro lado se debe significar que, debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que existe culpa exclusiva de la víctima de aquellos en los que hay concurrencia de su culpa con la del demandante del daño. Consecuencia de la primera hipótesis es la no responsabilidad del aparente agente, mientras que en la segunda hay lugar a una compensación de culpas, que se traduce en disminución del alcance o cuantía de la reparación; el agente responde en menor medida que si no hubiese mediado la culpa de la víctima".

En aquellos supuestos en los que el resultado dañoso es la consecuencia de una concurrencia de conductas, por una parte, la del agente y, por otra parte, la de la víctima, su análisis se desplaza, al elemento de la relación de causalidad, de tal manera que si la interferencia de la conducta de la víctima en el nexo causal es la de tal intensidad que llega a producirse su ruptura, el presunto agente no sería responsable, mientras que en otro caso, siempre que la conducta de la víctima interfiera en el nexo causal sin llegar a ocasionar su ruptura, el agente responderá, pero produciéndose, por vía de compensación, una disminución del *quantum* indemnizatorio.

En lo que se refiere a la valoración jurídica de la correcta aplicación del instituto compensatorio, jurisprudencialmente[327] se entiende que: "Para su estimación como errónea e inadecuada, exige el apoyo fáctico correspondiente; es decir, que los hechos probados acrediten la desproporción de responsabilidades que se postula por las partes". Ahora bien, la existencia de una culpa compartida, se traduce en una compensación no de culpas, ya que éstas quedan por completo al margen del mecanismo del *cum pensare*, sino de sus consecuencias pecuniarias.

326 Ex artículo 1.103 CC.

327 STS4ª de 12 de febrero de 2004, sobre la figura denominada, doctrinal y jurisprudencialmente, como "competencia de la víctima".

Así pues, y a colación de lo indicado, se puede afirmar que la compensación de culpas constituye la vía que se crea para disminuir la obligación de indemnizar hasta donde o en la medida en que entre el propio perjudicado sea quien participe de forma activa y directa en el daño, cuyo efecto es disminuir, por imperativo de equidad, la indemnización que se reclama.

Por consiguiente, los Tribunales[328] han venido entendiendo que, tanto procesal como civilmente, la moderna doctrina jurisprudencial, ha venido desplazando la institución de la compensación de culpas al campo de lo causal, valorando los comportamientos concluyentes en la producción del resultado, tanto desde el ámbito de la actuación del propio perjudicado como autor del evento, como desde el lado pasivo de su concurrencia, que incumbe naturalmente a la víctima, limitando su aplicación a los supuestos en que se produzca una interferencia en el nexo causal como consecuencia de la actuación de la propia víctima o de un tercero que no llegan a ocasionar la ruptura del nexo de causalidad.

Por último y, para terminar el tratamiento de este apartado, debemos de tener siempre en cuenta que corresponde al prudente arbitrio de nuestros Tribunales el moderar la responsabilidad del agente causante del daño (en función de su participación en dicho evento), reduciendo esa responsabilidad en la proporción que estime oportuna, la cuantía de la indemnización que se reclama; es decir, haciendo un reparto del daño entre el agente causante del mismo y el perjudicado cuando se declare la compensación de culpas; la cual, volvemos a insistir que, la concurrencia de culpas no es revisable en casación; aunque si bien esta es una cuestión discutible ya que, por un lado sabemos que toda valoración de hechos llevada a cabo por los Tribunales resulta revisable cuando la misma es absurda, contraria a la ley e ilógica; y por otro lado, teniendo en cuenta que la culpa deviene como concepto jurídico, es lo que le llevaba a la posible casación cuando en ella se hubiese estimado compensación de culpas y cuando el Tribunal entendiese que no hubo una actuación culposa imputable a una de las partes.

10. La determinación de la indemnización

En idéntico sentido, en el caso de la responsabilidad civil derivada de ilícito penal, el artículo 115 del CP se dispone que *"los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad*

328 STS1ª de 22 de abril de 2003.

civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución, o en el momento de su ejecución".

Este precepto penal parece responder a la necesidad, advertida desde antiguo por la jurisprudencia, y modernamente por el Tribunal Constitucional, de que la declaración que la sentencia haga de la responsabilidad civil obedezca al mismo rigor de motivación y concreción que el resto del contenido de la resolución judicial[329].

Una exigencia que viene, además, ordenada por el mandato del artículo 24. 1 de la CE. Dicha exigencia supone, básicamente, dos cosas: una, que la sentencia motive los elementos, las bases, en razón a las que se fijan las cuantías de los daños y de las indemnizaciones. Queda a salvo la discrecionalidad de Jueces y Tribunales para fijarlas, pero tal facultad será controlada por la exigencia de una motivación y por la precisión de los elementos de referencia en los que se apoya tal razonamiento. Hay que explicitar por qué, en razón a qué, se concede tal reparación o la cuantía de la indemnización.

En segundo lugar, se concede, tras notorias vacilaciones de la jurisprudencia, a Jueces y Tribunales, la facultad de fijar la forma de la reparación a la cuantía de la indemnización, bien en la misma resolución, bien en la fase de ejecución. Pese a ello parece aconsejable pensar – ex artículo 24.1 de la CE – que aunque se difiera la especificación a la fase de ejecución, en la resolución final a ejecutar (auto o sentencia), habrán de indicarse las bases de aquellas, salvo supuestos extremos que no lo permitan. Deferir todo razonamiento, y sin razones esenciales, la declaración de responsabilidad civil y las bases generales que sustenten la reparación o la indemnización a la fase de ejecución, se nos antoja incompatible con el artículo 24.1 de la CE.

A este respecto hay que tener en cuenta lo establecido en LOSSP respecto al sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, el cual suele aplicarse por los Órganos Judiciales, analógicamente, a los supuestos de hecho en los que se reclama por daños sanitarios, para fijar el *quantum* indemnizatorio.

329 R. DE ANGEL YAGÜEZ. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*. Cuadernos Civitas. Madrid. 1985, págs. 66 y 67.

Sin embargo, cuando la culpa del perjudicado o del agente se ofrece con muy acusados relieves o intensidad, puede absorber a toda otra concurrente (STS1ª de 18 de marzo de 1982).

El nexo causal se interrumpe, con la consiguiente irresponsabilidad, también en los supuestos de intervención de tercero dolosa o culposa, siempre que no venga determinada tal intervención por la del agente inicial, es decir, cuando sea libre y espontánea (STS1ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1988).

Además de la fuerza mayor, cuyo alcance en la responsabilidad médica ya ha sido analizado someramente al tratar del nexo causal, existen algunas circunstancias que, en la legislación penal, excluyen la responsabilidad criminal, como el estado de necesidad y el consentimiento del perjudicado, surgiendo la duda de si resultan aplicables esas circunstancias en materia de responsabilidad civil[330].

La eximente del estado de necesidad se encuentra descrita en el artículo 20.5 del CP. Según este precepto, *"está exento de responsabilidad penal el que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1º.- Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. 2º.- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. 3º.- Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse".*

¿Cómo repercutiría el estado de necesidad en la responsabilidad civil?. Para analizar debidamente la cuestión hay que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- El artículo 118 del CP, en su apartado primero, declara que *"la exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 5º (estado de necesidad) y 6º, del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil..."*. De ello se deduce que, en tales casos, puede existir responsabilidad civil. Y, a la misma conclusión conduce lo establecido en el apartado 3º del citado artículo 118, según el cual, *"en el caso del número 5º (estado de necesidad) serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio"*. De una interpretación literal del precepto citado se deduce que

330 E. RUIZ VADILLO. *La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina*. Actualidad Penal nº 27. 1994, pag. 505

no es responsable civilmente la persona que ha causado un daño a otra en estado de necesidad, sino aquella en cuyo favor un mal se ha prevenido, pudiendo ocurrir que sea el mismo causante del daño, pero ello no es forzosamente necesario.

- Expuesto lo anterior, no cabe ninguna duda de que el daño en el estado de necesidad es un daño justo, puesto que con él se evita un mal mayor. La actuación en estado de necesidad excluye, por tanto, la antijuricidad del daño, creando, sin embargo, un derecho del perjudicado contra el beneficiario. Ahora bien, este derecho no constituye un caso de responsabilidad civil, puesto que falta el requisito de que el comportamiento dañoso sea antijurídico. Tampoco existe puramente un genuino deber de indemnización ya que, en rigor, se trata de una acción de enriquecimiento que trata de restablecer un equilibrio patrimonial roto y este matiz es importante ya que, en primer lugar, la acción no es del perjudicado contra el causante del daño, sino del perjudicado contra el beneficiario y, en segundo término, porque no se dirige a obtener la reparación del daño, sino sólo la restitución de la medida en que el demandado se haya enriquecido.

- Del mismo modo, los mismos criterios parecen aplicables a todos aquellos casos en que la acción dañosa causada por el estado de necesidad no constituya un supuesto típico de delito, sino simplemente un daño aquiliano, encuadrable en el artículo 1902 del CC.

- Trasladadas las anteriores consideraciones al caso de la responsabilidad civil médica, el estado de necesidad operaría en el caso de los, denominados doctrinalmente, "riesgos del desarrollo"[331].

- En el caso de los daños sanitarios, estaríamos ante una situación de necesidad en el caso de una legítima actuación sanitaria en que la producción de un daño (contagio post – transfusional del VIH, o de la encefalopatía espongiforme...) que no hubiera podido evitarse[332] según el estado de los conocimientos de la ciencia o de las técnicas

331 Normativizados en el artículo 141 LRJAP-PAC, el cual proclama que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley", añadiendo a continuación que, "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

332 Multitud de sentencias, con este fundamento, exoneran a la Administración de responsabilidad por los daños producidos a usuarios de la sanidad pública. Como representativa la STS3ª de 13 de octubre de 2004.

existentes en el momento de producción de aquellos, por no haberse descubierto la enfermedad o la forma de contagio de aquélla[333].

11. El consentimiento del perjudicado

Información y consentimiento son dos elementos de particular importancia en el terreno de la responsabilidad sanitaria y en ese sentido apunta el Magistrado Guerrero Zaplana[334] que: *"… se convierten en el eje de muchas de las reclamaciones y viene siendo argumento empleado por muchos de los reclamantes que se alzan contra el servicio recibido en los centros sanitarios…motivo que ha justificado el incremento exponencial de reclamaciones presentadas que se basan en la falta o defectuosa información o que utilizan como uno de sus argumentos el referido a los defectos de información…"*

Por lo que se refiere al consentimiento del perjudicado, como posible causa de exoneración de la responsabilidad civil médica, ha de señalarse que, en el ámbito penal, el artículo 155 del CP dispone que *"en los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados" y que "no será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz".* En consecuencia, en el ámbito de las lesiones causadas por la actividad médica, el legislador ha pasado de la negación de toda efectividad despenalizadora al consentimiento otorgado por la víctima respecto de la lesión padecida, al reconocimiento de un efecto degradador de la pena cuando intervenga dicho consentimiento. Actualmente se impone la pena inferior en uno o dos grados, si en la lesión causada hubiera mediado consentimiento emitido por el ofendido de manera válida, libre, espontánea y expresa. Por tanto, se rechaza cualquier forma de consentimiento tácito o presunto, o viciado en la voluntad o inteligencia del que lo emite. Al hilo de ello, el párrafo

333 STS4ª de 5 de abril de 2000. El actor sufrió un accidente de trabajo el 1.9.1976. Un mes después fue operado por los servicios médicos de la Mutua Patronal, operación en la que fue transfundido. El 15.11.1976 se le diagnosticó hepatitis post-transfusional, de la que se le da de alta por curación en septiembre de 1977. Tras varias reactivaciones del virus, el 2.11.1992 se le diagnostica hepatitis crónica activa. El Juzgado de lo Social condena a la Mutua al pago de 30.000.000 ptas. de indemnización. El TSJ confirma. Recurre la Mutua en casación, y el TS estima el recurso y casa y anula las sentencias de instancia: "concurre fuerza mayor como causa de exoneración de responsabilidad indemnizatoria en los supuestos de transfusiones nocivas en que el estado de la ciencia y de la técnica médicas no permitía todavía detectar el virus de la Hepatitis C".

334 J. GUERRERO ZAPLANA. *Responsabilidad y Consentimiento Informado en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 151.

segundo del precepto penal no considera válido el consentimiento que pudiera otorgar un menor de edad o un incapaz.

Asimismo, con relación al consentimiento, el artículo 156 del CP, señala que *"no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales[335]. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y la previa exploración del incapaz".*

Enfatizan el valor actual del consentimiento en las esterilizaciones Armaza Armaza y Atienza Macías[336] al afirmar que: *",,, el sistema jurídico español –así como los de la mayoría de los países cercanos a nuestro entorno cultural- ha otorgado un valor preponderante al respeto al principio de autonomía…por lo que se ha optado por adoptar una política legislativa que despenaliza las esterilizaciones consentidas. Cabe recordar, sin embargo, que nuestro sistema jurídico sólo adoptó esta política legislativa con la reforma penal de 1983, a raíz de las presiones doctrinales y sociales que ya venían produciéndose desde la década de los sesenta. Hasta entonces, el consentimiento del paciente que voluntariamente se sometía a un proceso de esterilización carecía de toda relevancia jurídica"*

335 Es el consentimiento por representación que recoge el Código de Deontología Médica de 2011 en su artículo 13:"…Cuando el médico trate a pacientes incapacitados legalmente o que no estén en condiciones de comprender la información, decidir o dar un consentimiento válido, deberá informar a su representante legal o a las personas vinculadas por razones familiares o de hecho".

336 E.J. ARMAZA ARMAZA y E. ATIENZA MACÍAS. *El tratamiento jurídico de las intervenciones en el aparato reproductor humano: esterilización, castración química y cirugía de reasignación sexual.* En la Obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 151.

En el ámbito de la responsabilidad civil, el tema del consentimiento, como causa exoneradora de la indemnización, ha sido analizado con profusión por la jurisprudencia, habiéndose sentado al efecto la siguiente doctrina jurisprudencial:[337]

El Alto Tribunal entiende que la operación a que fue sometida la menor no era ineludible y necesaria, siendo posibles otros tratamientos alternativos, evitándose así el alto riesgo de la intervención quirúrgica que se le practicó. Además, no se advirtió a la madre de los riesgos de la intervención y de las otras alternativas, para que ella decidiera. En consecuencia, los riesgos se asumen por los que llevaron adelante la operación y no por el paciente o por la persona llamada a prestar su consentimiento, tras una información objetiva, veraz, completa y asequible[338].

Es evidente, en la declaración judicial, la importancia dada a la información previa al consentimiento, máxime si se tiene en cuenta que los hechos enjuiciados acontecieron antes de la entrada en vigor de la LGS, cuyo artículo 10, apartados 5 y 6 estableció, como derecho de los pacientes, el consentimiento informado. Tal circunstancia obliga a resaltar en la sentencia que lo que se estableció, después, en la citada Ley es una práctica usual, esto es, la información en operaciones de alto riesgo para que sean conocidos y asumidos por el paciente o representante[339]. La falta de información en cuanto a los riesgos, y en cuanto a la existencia de otras alternativas, plantea un consentimiento viciado en su constitución, y permite suponer que la paciente no hubiera razonablemente aceptado el tratamiento quirúrgico, si hubiera sabido la existencia de otras alternativas y los riesgos a los que se sometía a su hija. Resulta evidente, para quien conoce la práctica asistencial, que: *"…en nuestros hospitales y centros de*

337 Sobre el consentimiento informado en situaciones de urgencia y sobre su prueba en los procedimientos judiciales, STCo 37/2011, de 28 de marzo, a cuyo tenor "la Sentencia de instancia justifica la omisión del consentimiento informado por la "urgencia relativa de la intervención", mientras que la de apelación habla de la existencia de "riesgo vital" ante la situación que llevó a urgencias al actor. Sin embargo, en tales consideraciones no se aprecia razonamiento alguno sobre la existencia de imposibilidad de obtener el consentimiento informado o de consultar a los familiares o personas vinculadas de hecho al paciente, imposibilidad que, en cualquier caso, se compadece mal con el dato de que el recurrente ingresó en urgencias a las 14:16 del 4 de septiembre de 2005, y el cateterismo no se le practicó hasta la mañana del día siguiente. De tal modo que, aunque la decisión médica no se adoptara de manera inmediata al ingreso del paciente, lo cierto es que el lapso de tiempo transcurrido parece suficientemente amplio como para que, una vez que los facultativos entendieron procedente la realización del cateterismo como solución para la dolencia del actor, éste fuera informado sobre las consecuencias, riesgos y contraindicaciones de la intervención, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1 de la Ley 41/2002. No hay, en consecuencia, ponderación alguna por parte de los órganos jurisdiccionales acerca de si podía entenderse concurrente o no esa imposibilidad material como obstáculo a la plena efectividad del derecho del paciente".

338 STS1ª de 23 de abril de 1992.

339 Esta figura se reconoce, con igual valor, en el Código de Deontología Médica, en su artículo 13.

salud no existía un fuerte arraigo en relación a la obligación de informar por parte de muchos de los médicos, por lo que ha sido necesario que transcurran unos años para que dicha obligación sea oportunamente interiorizada por la profesión médica… Dicho proceso de interiorización no parece que haya concluido…ya que aún son muchos los casos en que se plantea que se presta la asistencia sin facilitar la correspondiente información[340]*"*

En el caso resuelto por la STS1ª de 31 de julio de 1996, se trataba de una operación dirigida a eliminar una protusión discal cervical a dos niveles, localizada en el bloque artrósico C5-C7, con mielopatía, grado II de Nurick, que desembocó en una intervención quirúrgica que ocasionó primeramente una tetraparesia y, al día siguiente, una tetraplejia espinal anterior.

La prueba pericial practicada en el juicio atribuyó la causa de la tetraparesia a una compresión ósea medular, ya fuera causada en el momento de la operación por una deficiente implantación del injerto que se le practicó, o por un desplazamiento posterior del mismo, si bien tal desplazamiento tuvo necesariamente que producirse en un tiempo inmediato, ya que a las 24 horas se apreciaron las paralizaciones en el paciente.

Declara la Sentencia que el médico incurrió en responsabilidad, ya que no empleó los medios necesarios para que el implante ocupara el lugar correcto, o para que seguidamente no se desplazara del mismo. Pero añade una nueva consideración, que es la que aquí interesa; en concreto, el incumplimiento, dice la resolución judicial, de un deber médico fundamental que figura en todos los códigos deontológicos, y que, especialmente en el presente caso, debió ser tenido en cuenta. Si se trataba de una operación considerada como de alto riesgo, cuyos resultados negativos se producían, aunque fuera en escasa proporción, resultaba indispensable explicar al enfermo en qué consistía ese riesgo, y obtener previamente su consentimiento; autorización ésta que debió constar de una forma explícita, clara y concluyente, para que el facultativo no responda del acaecimiento del evento dañoso, aún en el supuesto en que se dé una ausencia de culpabilidad.

El caso enjuiciado en la STS1ª de 23 de septiembre de 1996 se trató de un paciente que padecía lesiones neurológicas graves, afectándole la enfermedad de manera progresiva y degenerativa. La operación quirúrgica trató en lo posible de remediar el avance del deterioro

340 J. GUERRERO ZAPLANA. *Responsabilidad y Consentimiento Informado en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 151.

físico, siendo practicada con corrección técnica y de acuerdo con los progresos que la ciencia médica permitía. No se probó, y así resulta del relato fáctico de la resolución judicial, que la intervención hubiera sido la causa por la que el paciente perdiera posteriormente las facultades de deambulación, hasta llegar a la parálisis de sus piernas y dependencia de silla de ruedas para desplazarse con auxilio de otra persona. Las actividades de rehabilitación se practicaron utilizando todos los medios existentes. También resulta acreditado que el cirujano consiguió, con la operación que practicó al paciente, evitar y detener la progresión de la espondilolistesis que padecía y, si bien la operación se retrasó en varios años, fue por la propia voluntad del enfermo, repercutiendo este retraso[341] en la agravación de la enfermedad, por lo que la cirugía se hizo del todo necesaria e inevitable, al haber fracasado el tratamiento fisioterapéutico seguido. La anquilosis posterior de distintas articulaciones se debió a un proceso de multitraumatismo congénito localizado en un nivel vertebral, y no relacionable con la operación practicada.

En lo que aquí interesa, resultó claramente improcedente la tesis que se expuso en el sentido de que el médico – cirujano no procedió a informar sobre los resultados de la operación, para el supuesto de que no fuera satisfactoria y eficaz, con lo que se agravaría posiblemente la salud del enfermo. Por el contrario, la prueba de los hechos demostró la información previa al consentimiento y, en consecuencia, se desestimó la reclamación de responsabilidad civil médica.

En la STS1ª de 25 de abril de 1994 se condena al médico a una indemnización de nueve millones de pesetas por no haber dado al paciente la información necesaria, que le hubiera conducido a evitar que la reanudación de su vida matrimonial, en forma normal, después de una vasectomía, condujera al embarazo de su esposa, incumpliendo el profesional sus obligaciones médicas.

341 STS2ª de 24 de agosto de 2006. Curiosa sentencia en la que se absuelve a un agresor y se condena al médico por su tardanza en intervenir. Caminaba la menor por una calle de Terrasa cuando el agresor le hundió un cuchillo en la zona lumbar. La joven consiguió llegar a casa de su abuela, a quien mostró su estado como fruto de una agresión, si bien manifestó desconocer al agresor. Trasladada al hospital fue reconocida exhaustivamente por el facultativo que le atendió, quien tras comprobar que la herida no sangraba externamente le colocó un drenaje hasta esperar el resultado de otras pruebas. Horas después empeoró el estado de la menor, por lo que decidió intervenirla quirúrgicamente. Pudo comprobar que presentaba una lesión renal y una laceración hepática con abundante hemorragia interna que acabó causándole la muerte a la joven. El presunto autor del apuñalamiento fue absuelto por falta de pruebas, pues no hubo testigos de los hechos y la menor había manifestado no conocerle. El facultativo actuante fue condenado, por una falta de imprudencia profesional, a una multa y a indemnizar a los padres de la joven con 60.000 euros. Se consideró, por el tribunal, que su actuación fue correcta en principio, pero que la decisión de intervenir quirúrgicamente se tomó tarde.

Se trata de un supuesto en el que la obligación del médico se aproxima ya de manera notoria al arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.

Por su parte, la STS1ª de 31 de enero de 1996 absuelve a dos Especialistas en Urología de una reclamación sobre responsabilidad civil como consecuencia de la práctica de una vasectomía.

El Tribunal Supremo entiende que el embarazo de la mujer se produjo pese a la intervención, porque no se siguieron las indicaciones médicas en cuanto a la necesidad de abstenerse de relaciones sexuales en el plazo de dos meses y medio a tres, o antes de realizar treinta eyaculaciones, debiendo utilizar, en su caso, medios anticonceptivos.

Otra STS1ª [342] condena a un ginecólogo por no respetar el consentimiento de la paciente a una indemnización de ocho millones de pesetas.

El supuesto de hecho debatido hacía referencia a una mujer embarazada que acudió al Ginecólogo para que la atendiera durante la gestación y parto (trece años antes había tenido una niña mediante cesárea). Dos horas después del comienzo del parto, el médico comunica a la mujer y al marido la necesidad de practicar una cesárea por peligro de rotura del útero. Hay que tener en cuenta que ya antes del parto, en el pasillo, previo al quirófano, el facultativo había preguntado si aprovechaba la operación para efectuar una ligadura de las Trompas de Falopio para evitar más embarazos, contestando negativamente la mujer. En el transcurso de la intervención el Ginecólogo comentó al marido, que presenciaba la operación, la conveniencia de practicar una salpinguectomía ya que se había producido la rotura del útero, contestando el esposo que lo único que quería era que salvase a su mujer. Cuando la mujer despertó de la anestesia se encontró con el hecho consumado de que era estéril, sin su consentimiento, y como consecuencia de tal circunstancia sufrió graves problemas, tanto personales de tipo depresivo, como en la relación con su esposo, habiendo estado en tratamiento psiquiátrico y, después, en tratamiento psicológico.

La cuestión central debatida es la referente a la conducta del facultativo, que omitió el consentimiento personal de la paciente con ocasión de la práctica de la salpinguectomía,

342 De 24 de mayo de 1995.

que tuvo lugar en el transcurso de la operación de cesárea realizada en el proceso del parto. El Tribunal Supremo declara que la falta de consentimiento o autorización forma parte de la *lex artis*[343] ya que, deontológica y legalmente, todo facultativo, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica y obtener su consentimiento al efecto a excepción de presentarse un supuesto de urgencia[344] que haga peligrar la vida de la paciente, o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato, cuyas circunstancias, conforme a la realidad acontecida, no concurrieron en el caso concreto que se juzgó.

Por otro lado, declara el Tribunal que es evidente que el aludido consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado, a no ser cuando concurran las circunstancias de urgencia que se han señalado.

Finalmente, la STS2ª de 26 de octubre de 1995, condena al Ginecólogo por realizar una ligadura de trompas, tras una cesárea, sin el consentimiento de la paciente. La histerectomía hubiera sido obligada si no se hubiera controlado la hemorragia. Como fue controlada, la ligadura requería el permiso de la paciente, aunque criterios médicos aconsejasen evitar futuros embarazos de alto riesgo. La actuación correcta no legitima al médico para llevarla a cabo sin el consentimiento, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona.

Por lo demás, esta doctrina contrasta con la citada anteriormente de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en STS1ª de 24 de mayo de 1995, y, al médico, se le condena a una pena simbólica (un mes y un día de arresto mayor, con las accesorias de suspensión del ejercicio de la medicina pública y privada y de derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas del procedimiento), estableciendo la obligación de indemnizar en la cantidad de cinco millones de pesetas. La escasa pena impuesta es consecuencia de que el Tribunal aprecia la existencia del error de prohibición vencible, esto es, por entender que el médico actuó en la creencia de la licitud de su actuación.

343 Ha sido recogida esta trascendental consideración en el artículo 16 del Código de Deontología Médica de 2011: "…la información al paciente no es un acto burocrático, sino un acto clínico…".

344 STSJ Galicia de 1 de febrero de 2006. Declaró que la urgencia, en un supuesto de parto inminente y con complicaciones imprevistas exime de la obligación de informar: "…en el momento de la expulsión se presentó la distocia de hombros…no se puede prevenir ni predecir…la urgencia no admitía demoras y la madre no se hallaba en condiciones de prestar un consentimiento…".

El Tribunal Supremo analiza si se puede tildar de excesivamente benigna la sanción impuesta al médico. No obstante, declara el Tribunal, no cabe ignorar la extraordinaria relevancia que una condena penal por un hecho doloso implica para un profesional de la medicina, al que se suspende en el ejercicio de la profesión por el tiempo de la condena y se impone la correspondiente responsabilidad civil.

La Sentencia declara que, en cualquier caso, la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención de que se trate, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona, ya que en tal caso estaríamos ante un típico estado de necesidad.

En otro caso, el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada y, por supuesto, menos en contra de ella. Si, pese a ello lo hace, no puede justificar su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión.

En definitiva, superado el riesgo de tener que practicar la histerectomía, como único modo de cortar la hemorragia subsiguiente al desgarro del útero de la paciente, al haber podido ser controlada la misma tras suturar dicha herida, la ligadura de trompas no estaba encaminada a resolver o prevenir ningún problema inminente ni urgente. En tales circunstancias, y teniendo en cuenta la lógica capacitación profesional del acusado, éste no puede alegar ningún tipo de error invencible. Por supuesto, concluye el Tribunal, la persona es libre de decidir más allá de lo que desde el punto de vista estrictamente médico pudiera ser conveniente o aconsejable. En particular, la paciente podría decidir, llegado el caso, evitar nuevos embarazos por otros medios o, incluso, afrontar los riesgos de una nueva maternidad.

Hay ocasiones en las que el error del profesional se produce, con perjuicio del paciente, por no haber llevado a cabo lo que hubieran sido comportamientos adecuados, como se analiza en la sentencia[345] que recoge el caso de un paciente que *"…habiendo sufrido un accidente no le fue diagnosticada en el momento del ingreso la fractura supracondílea de fémur izquierdo con acortamiento de 4,7 cts. y la consiguiente cojera, sino dos años después del traumatismo que origino dicha lesión; omisión de actuación tendente a determinar la lesión que impidió su tratamiento en el momento oportuno con la defectuosa consolidación del hueso fracturado.*

345 TSJ Asturias. Contencioso, de 14 de abril de 2014.

12. La responsabilidad civil médica en el trabajo en equipo

Ya se hizo alusión a la dificultad del enjuiciamiento de la conducta del profesional médico, a la hora de analizar la *"lex artis ad hoc"*, cuando se mencionó la regla de que "a cada acto médico corresponde una *lex"* y, como es evidente, el análisis se complica a la hora de determinar la responsabilidad civil del equipo médico[346].

En el ámbito penal, la responsabilidad médica en los supuestos de trabajo en equipo se resuelven aplicando criterios estrictamente personales pero, al no regir el mismo principio en Derecho Civil, los problemas para la determinación de la persona o personas responsables aumentan.

En materia civil no puede prescindirse de la regla general contenida en los artículos 1137 y 1138 del CC, de acuerdo con la cual la solidaridad no se presume.

En cambio, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual o aquiliana, la responsabilidad solidaria no aparece impuesta ni en el artículo 1902 CC ni en los siguientes. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial muy reiterada que en las obligaciones derivadas del ilícito civil rige la solidaridad cuando son varios los autores, como medio de protección al perjudicado y como sanción de aquellos.

Por tanto, hay que decidir si es posible o no una individualización del comportamiento causante del daño. Si cabe individualizar los comportamientos y separarlos, nos encontramos en presencia de una hipótesis de concurrencia de causas y la responsabilidad debe distribuirse entre cada una de las personas a quienes sean imputables dichas causas. Habrá, por tanto, fragmentación de la obligación.

En cambio, si no es posible llevar a cabo dicha individualización y el hecho dañoso es una acción conjunta, formada por la cooperación de varios comportamientos, será ella la causa única del daño producido y existirá solidaridad entre los actores de tal acción.

346 J. SANTOS BRIZ. *La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español*. Revista de Derecho Privado. Julio – Agosto 1984. Págs. 666 y ss.

En primer lugar, la existencia de una relación contractual del paciente con uno o varios miembros del equipo médico implica que cada uno de ellos responderá (incluso extracontractualmente) por la parte de la prestación de servicios asumida.

Si sólo la realizó el jefe del equipo, o el encargado principal del tratamiento, éste responderá en principio por las actuaciones de todos.

Si la relación se ha establecido con todos los integrantes del equipo, cada uno de ellos responderá por la función que le corresponda o le haya sido adjudicada, siendo posible añadir la responsabilidad solidaria del jefe del equipo junto al autor material, al corresponderle al mismo una labor de supervisión y control (*culpa in vigilando*[347] o *in eligendo*), de lo realizado por los demás.

13. La responsabilidad de terceros por actos del médico

En algunos casos, la legislación civil establece la obligación de resarcir el daño a persona distinta de la que lo causó. En lo que a nuestro tema se refiere, dicha cuestión tiene interés en relación con el titular del servicio sanitario[348] , que responderá – en las condiciones que veremos más abajo – de las actuaciones de sus empleados, basándose, bien en que aquél no vigiló suficientemente la actividad de éstos (culpa *in vigilando*), bien en que no debió contratar al empleado inexperto o, al menos encomendarle la realización de las funciones que dieron lugar a los daños ocurridos (culpa *in eligendo*)[349].

Es, por tanto, perfectamente transferible esta traslación de la responsabilidad civil al supuesto del director de un hospital privado en relación con los médicos empleados en dicho centro. También está prevista la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

347 STS3ª de 3 de enero de 1990.

348 Conforme al artículo 1.903 del Código Civil. "La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder….Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento y empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones".

349 R. BOCANEGRA SIERRA. *Responsabilidad de contratistas y concesionarios de la Administración por daños causados a terceros.* Revista Española de Derecho Administrativo nº 18. 1978. Págs. 397-406.

por los daños producidos a causa del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y, dada la importancia que ha adquirido en la actualidad la sanidad prestada por las Administraciones Públicas, también podría plantearse esta responsabilidad del Estado por los actos de los médicos a su servicio.

Dice el párrafo 1º del artículo 1903 del CC, que *"la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder"*.

Por tanto, la responsabilidad por hecho de otro, llamada también responsabilidad indirecta, es la que surge cuando la ley obliga a reparar el daño causado por la acción u omisión de persona distinta de la que produjo el daño, existiendo una disociación aparente entre el responsable y el agente productor del daño.

Sin embargo, el fundamento de esta responsabilidad por hecho ajeno en el sistema del CC, es una falta propia de quien responde. En efecto, el artículo 1903, después de regular los supuestos en que se produce aquella responsabilidad, dice *"la responsabilidad de que se trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"*.

Se establece, pues, un sistema de inversión de la carga de la prueba, ya que corresponde al responsable por el hecho u omisión de otro acreditar que no tiene responsabilidad por haber obrado de acuerdo con la diligencia de un buen padre de familia para prevenirlo. Si no lo acredita así, demuestra su culpabilidad y por ello se le sanciona[350].

Es interesante, en este punto, el análisis de la responsabilidad civil de los empresarios, prevista en el apartado 4º del artículo 1903, por sus implicaciones en las Nuevas Formas de Gestión de los Servicios Socio-sanitarios del Sistema Nacional de Salud previstos en la Ley 15/1997, de 25 de abril y, en particular, respecto a los centros sanitarios constituidos como Fundaciones Sanitarias Privadas al amparo de la Ley 30/1994, que mantienen una relación basada en el Derecho del Trabajo con el personal a su servicio. "*La Ley 15/1997 utiliza la expresión <<gestión indirecta>> para referirse a aquellos supuestos en los que la prestación del*

350 R. DE ANGEL YAGÜEZ. *Responsabilidad Civil por actos médicos*. Problemas de prueba. Obra citada, págs. 203 y ss.

servicio sanitario se realiza mediante la interposición de una persona jurídico pública…o incluso a través de sociedades mercantiles cuyo capital social pertenezca íntegramente a una Administración o a través de Fundaciones Públicas[351]*".*

Preceptúa en este sentido el párrafo 4º del artículo 1903 del CC, que responden civilmente *"los directores de un establecimiento o empresa de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones"*[352].

La responsabilidad del empresario requiere como presupuesto indispensable una relación jerárquica o de dependencia con el ejecutor del acto causante del daño. Además, se exige que en este último concurran los requisitos del artículo 1902 CC, esto es, la existencia de un acto u omisión por lo menos culposo.

La doctrina jurisprudencial ha fundamentado la responsabilidad del empresario en su "culpa *in vigilando"* o in *"eligendo"*, lo que concuerda con el párrafo último del artículo 1903 CC, en tanto que permite a todas las personas, sin excepción, que en virtud del mismo están obligadas a responder por hecho de otro, demostrar que hicieron lo posible para evitar la realidad del daño. Sin embargo, la propia jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo objetiva la responsabilidad del empresario, al exigirle una vigorosa prueba de la diligencia empleada. Por otra parte, hay que observar que el párrafo que se comenta parte de presumir la responsabilidad del empresario, al ser él quien haya de demostrar que no incurrió en ninguna culpa.

Así pues, tenemos una responsabilidad del dependiente o empleado, fundada en la culpa del artículo 1902 CC y una responsabilidad por "culpa *in vigilando* o *in eligendo*" del empresario. Pero la responsabilidad de éste es directa, según declara reiteradamente la jurisprudencia[353], y no necesariamente subsidiaria de la del empleado, por lo que el perjudicado puede demandar directamente al empresario, aunque también se admite la responsabilidad solidaria de empleado y empresario, con la posibilidad de demandar a ambos conjuntamente.

351 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.*. Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 88.

352 M. ALONSO OLEA. *Responsabilidad del hospital por acto del médico*. Obra citada. Págs. 777 – 786.

353 STS1ª de 30 de diciembre de 1981 y las que en ella se citan.

El daño debe de haber sido causado por el trabajador al servicio del ramo en que estuviese empleado, o con ocasión de sus funciones, lo que indica que ha de haber conexión entre ambos elementos, rigiendo en este punto la presunción, en beneficio del perjudicado, que el trabajador se hallaba en aquella situación cuando produjo el daño, salvo prueba en contrario que corresponderá al empresario demandado.

Por último, el empresario que paga el daño causado por sus dependientes está facultado para repetir de estos lo que hubiese satisfecho, dice el artículo 1904 del CC y tratándose de las Fundaciones Sanitarias comentadas de Entes creados por las Administraciones Públicas, la acción de repetición aludida se cohonesta con la existente para las autoridades y funcionarios en RJAP-PAC.

14. La reparación del daño

Suponiendo, desde el punto de vista de su estructura, la responsabilidad civil un derecho de crédito a favor del perjudicado, genera la obligación para el productor del daño de cumplir una determinada prestación que, de acuerdo, con el artículo 1902 del CC, será la de reparar el daño causado.

Sabemos que, entre el acto u omisión doloso o culpable y el daño, debe de existir un nexo de causalidad, que cumple así tanto una función de imputación del mismo, como la misión de la determinación de los daños reparables o, dicho de otra manera, la determinación de la extensión de la obligación de reparar.

El problema de la determinación de la extensión de la obligación de reparar es grave cuando se desencadenan factores constitutivos de un daño que es a su vez causante de unos daños subsiguientes. Pero, sin embargo, estimamos aplicable en este punto el artículo 1107 del CC, que distingue entre un deudor no doloso y un deudor doloso en el incumplimiento de la obligación. El primero ha de responder de todos los daños previstos o previsibles al constituirse la obligación, y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En cambio, el segundo responderá de todos los que conocidamente se deriven de aquella falta de cumplimento. Aunque la concreción de estos criterios legislativos queda sujeta al arbitrio

judicial, puede indicarse que los puntos de vista de la teoría de la "causalidad adecuada", justificarían la limitación de la cadena de daños.

La obligación de reparar el daño puede cumplirse *"in natura"*, mediante la reparación o sustitución de la cosa, o por equivalente, mediante la entrega de la indemnización correspondiente al daño experimentado[354].

Salvo que la primera forma de reparación sea imposible, no le corresponde elegir entre ellas al responsable.

La fijación de la prestación de resarcimiento o de indemnización también puede ser hecha por acuerdo entre las partes, habida cuenta que esta es una materia sobre la que se puede transigir de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1813 del CC, y que está sometida a las reglas generales de la autonomía de la voluntad privada.

Deberán cumplirse en cada caso los requisitos que exijan el estado civil de las personas (por ejemplo, si se transige en nombre de un menor sometido a la patria potestad o tutela, la transacción debe de hacerse con los requisitos contenidos en los artículos 1810 y siguientes del CC).

Debe ponerse de manifiesto que estas transacciones extrajudiciales del *quantum* indemnizatorio pueden hallarse, a veces, viciadas por el error, al descubrirse, con posterioridad a la transacción, que el daño sufrido era más extenso que el que se creía[355].

Si la fijación de la prestación que ha de realizar el responsable no se logra convencionalmente, será la autoridad judicial la que la efectúe. En la sentencia que condene por daños y perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida, o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales habrá de hacerse la liquidación.

354 C. BOROBIA FERNÁNDEZ. *Métodos de Valoración del Daño Corporal*. Forum Universidad Empresa. 1989, pags. 266 a 330.

355 Vid, en este sentido, las SSTS1ª de 6 de noviembre de 1965 y de 23 de octubre de 1965 en las que se admite la impugnación por error.

15. La responsabilidad en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios[356]

La LGDCU regula la responsabilidad civil con la que se pretende la protección de los consumidores o usuarios frente a los daños sufridos.

El artículo 147 del citado Texto Legal establece el régimen general de responsabilidad, disponiendo al efecto que *"los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio".*

Por su parte, el artículo 148 LGDCU, sobre el régimen especial de responsabilidad establecido en aquella Ley, señala que *"se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario". En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.*

Se enuncia, así, un principio de responsabilidad objetiva, salvo cuando se den las circunstancias que se enumeran. Sin embargo, en estas circunstancias, tanto la fuerza mayor como el hecho de tercero, el daño no se produce por el consumo de bienes o la utilización de productos o servicios[357].

Las reglas contempladas anteriormente tienen especial transcendencia en el caso de la responsabilidad civil de los médicos, o de los servicios sanitarios, si se tiene en cuenta que la prueba de la culpa del médico queda soslayada, desde luego, si se considera aplicable a su

356 Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

357 S. MUÑOZ MACHADO. *Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración Sanitaria (algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil). Responsabilidad del personal sanitario*. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. 1995, págs. 217.

actividad la LGDCU. En concreto, el régimen especial de responsabilidad establecido en el artículo 135 y siguientes del mismo[358].

Si dicha responsabilidad se califica como objetiva, según sostiene la opinión dominante entre los autores, deja de tener sentido hablar de prueba de la culpa del médico, puesto que ésta no es el criterio de imputación de responsabilidad. Esto es, se responde, abstracción hecha de que hubiere concurrido o no culpa en la conducta enjuiciada.

Por otra parte, hay que apuntar la existencia de resoluciones judiciales discrepantes en la materia que han tenido que interpretar y aplicar el principio anteriormente expuesto. Existen sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo proclives a hacer aplicación del principio de responsabilidad objetiva establecido en la LGDCU, cuando la condena se formula sólo contra la Administración Sanitaria.

Es ejemplo, en este sentido, la STS1ª de 11 de febrero de 1998, dictada en un caso de transfusión de sangre infectada con el virus del VIH. Dice la citada resolución:

"El motivo es desestimable, pues olvida en su planteamiento que estamos en el caso litigioso en presencia de un hecho gravísimo, cual es la transfusión de sangre infectada del virus del VIH, es decir, ante la realización de un servicio sanitario que ha ocasionado que los demandantes tengan los anticuerpos de esa enfermedad; que como tal servicio sanitario sigue el régimen legal establecido en el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, en su apartado 1, siendo el apartado 2 el que circunscribe el mismo a determinados suministros y servicios, entre los que se incluyen los servicios sanitarios; el correcto uso que el precepto citado exige para hacer efectiva la responsabilidad objetiva que dispone es aquí equivalente a que la actora no pertenece a ningún grupo convencional de riesgo, lo mismo que su esposo; que la atribución de la responsabilidad objetiva nada tiene que ver con la conducta prudente o imprudente de la parte a quien se le imputa la responsabilidad".

En relación con la citada resolución judicial, la doctrina[359] señala que, en todo caso, lo que nos interesa destacar es que la jurisprudencia ha comenzado a distinguir entre lo que es responsabilidad del médico, como profesional que realiza una actividad científica, y lo que es

358 Estableciendo dichos preceptos el régimen correspondiente a los daños causados por productos.

359 J. PEÑA LÓPEZ, Cuadernos CIVITAS de Jurisprudencia Civil nº 47. Abril – Agosto 1998. Págs. 777-796.

la responsabilidad del centro sanitario, en el que desarrolla su labor. Al médico no se le puede exigir más que una actuación conforme a las reglas de la ciencia en la que es perito; pero la responsabilidad de la entidad que presta los servicios puede ser configurada de una manera diversa, como consecuencia, de un mandato constitucional como el contenido en el artículo 106 de la CE.

La tendencia objetivizadora introducida por los Tribunales Civiles en materia de responsabilidad sanitaria parecía poder ampliarse a los centros sanitarios pertenecientes al sector privado, con la regulación de la LGDCU; no obstante, la Sala Primera del Tribunal Supremo no efectuó, en este ámbito, modificaciones en su doctrina tradicional, y sólo en contadas ocasiones (cuando el recurrente alegaba la responsabilidad objetiva dimanante de la LGDCU) procedía a considerar la posibilidad de que se aplicase el régimen de la LGDCU a la responsabilidad derivada de la prestación de servicios médicos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, con anterioridad a la Sentencia transcrita, se había mostrado contraria a la exigencia de responsabilidad objetiva del artículo 28.2 [360] de la Ley que nos ocupa, en el caso de los servicios sanitarios. En este sentido, la doctrina antes citada, analiza los motivos[361] que impedían, en opinión del Tribunal Supremo, la aplicación del citado precepto legal.

En efecto, uno de los obstáculos legales para la aplicabilidad del artículo 28 de la LGDCU al régimen de los servicios sanitarios estribaba en el carácter meramente informador atribuido a la citada Ley, a la que el Tribunal Supremo parecía querer relegar al mundo de los principios generales del derecho.

Se ha criticado que tal razonamiento constituye una interpretación contraria a los artículos 43 y 51.1 de la CE, de los que se deriva el mandato dirigido a los poderes públicos de proteger mediante procedimientos eficaces la salud, la integridad y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, puesto que resulta obvio que esta eficacia quedaría notablemente disminuida en el ámbito de la responsabilidad civil si los niveles que establece la LGDCU se interpretasen como meros principios generales – o normas marco – que no pueden ser

360 Precepto este de la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la cual estuvo en vigor hasta el 1 de diciembre de 2007.

361 Singularmente su pretendido carácter informador.

obstaculizados por la primacía de los preceptos civiles sustantivos establecidos en los artículos 1101 y 1902 CC, que regulan el derecho común de la responsabilidad civil.

Otro de los impedimentos que se oponían a la aplicación de la LGDCU a la responsabilidad de los servicios sanitarios derivaba del siguiente razonamiento: si la obligación del médico es, en general, una obligación de medios – de puesta a disposición del paciente de todas sus habilidades para intentar conseguir su curación pero sin garantizar, en modo alguno, su eficacia - ¿cómo es posible que se le aplique un régimen de responsabilidad en el que se ha suprimido toda valoración de la conducta del profesional en términos de diligencia?. Un sistema legal en el que el simple resultado antijurídico, de la producción del daño, es suficiente para imputar la responsabilidad al sujeto que realiza la acción dañosa no parece compatible con la naturaleza de "obligación de medios" atribuible a la acción del médico.

A pesar de estas vacilaciones iniciales en los operadores jurídicos, sobre la aplicabilidad de la LGDCU a la responsabilidad por los daños producidos por los servicios sanitarios, poco a poco se fue imponiendo la aplicación de la misma y, así, en la STS1ª de 6 de mayo de 1998, que resolvió una acción sobre responsabilidad civil deducida contra el INSALUD, se aplica dicha Ley en base a los mismos razonamientos contenidos en la Sentencia antes transcrita, aunque razonando en mayor medida su aplicabilidad. En este sentido la Sala declaró que:

"Sin contar con la razón, también importante y justificadora por sí misma de la condena del INSALUD, de que, a tenor del artículo 28 de la Ley 26/1994, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, corresponde al empresario, en este caso el INSALUD, responder de los daños causados en el correcto uso y consumo de los servicios sanitarios, salvo que, como se dice en el artículo 25 de la misma Ley, aquellos daños estén originados, lo que no sucede en el presente caso, por la culpa exclusiva del demandado o de las personas de las que se debe responder".

Ya se ha visto, en las dos resoluciones judiciales dictadas por el Tribunal Supremo, antes comentadas, que la LGDCU se aplicaba por el Tribunal Supremo a las reclamaciones deducidas, sobre responsabilidad civil, contra las Entidades Públicas prestatarias de la asistencia sanitaria, pero, sin embargo, no había sido el mismo criterio el sustentado en la STS1ª de fecha de 11 de febrero de 1997, en una reclamación interpuesta contra tres facultativos y sus respectivas compañías aseguradoras en la que se solicitaba una indemnización por el resultado defectuoso

de una vasectomía, la cual fue rechazada por el Alto Tribunal, el cual, en lo que aquí interesa, declaró al respecto que:

"El tercer y último motivo de casación del recurso interpuesto, también al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, achaca a la sentencia dictada por la Audiencia violación de los artículos 25, 26, 27, 28 y 29 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios. Más concretamente, la parte recurrente imputa la violación de dichos preceptos por no acoger el Tribunal a quo la responsabilidad objetiva que en ellos se recoge. Mas esta Sala ha dicho de forma reiterada que en materia de culpa médico – sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo su rigor los principios subjetivistas que consagra el Derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder cuyo reproche se insta, la del daño devenido y la de la debida relación causa.

La misma negativa a la aplicación de la LGDCU se produjo en las STS1ª de 22 de julio de 1994 y de 29 de julio de 1994.

Sin embargo, el cambio de orientación definitiva a favor de la aplicabilidad de la LGDCU a los casos de responsabilidad médico – sanitaria tiene lugar con la STS1ª de 1 de julio de 1997, seguida de las de 21 de julio de 1997 y de 11 de febrero de 1998.

La resolución judicial citada en primer lugar resuelve una pretensión indemnizatoria cifrada en 25.000.000 de pesetas como reparación del daño producido por la amputación de una pierna, después de una intervención de artrolisis de rodilla, siendo consecuencia dicha amputación de los problemas vasculares, así como de la infección producida por una bacteria, y dice – en lo que aquí interesa – así:

"… se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 1 y 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1 de la expresada Ley, que el recurrente, en cuanto "persona física" que utiliza unos "servicios", reúne la condición de "usuario", cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. Conforme al sistema de "garantías y responsabilidad" que establece el Capítulo VIII de tal cuerpo normativo, el usuario "tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva". Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor,

la responsabilidad civil, incluye entre los "sometidos a su régimen" los "servicios sanitarios", conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios cuando "por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad", hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el "servicio sanitario", entre otros".

La aplicación de los criterios generales sobre responsabilidad establecidos en la LGDCU, con posterioridad a la resolución judicial antedicha, ha sido constante, e incluso se ha producido en situaciones en que, en primera instancia, no ha sido alegada la aplicabilidad de dicha norma al supuesto de hecho enjuiciado, y al principio dispositivo que rige en el proceso civil.

Cabe reseñar, como ejemplo de esta última circunstancia, la STS1ª de 9 de junio de 1998. El supuesto de hecho debatido consistió en una reclamación de responsabilidad médico - sanitaria promovida contra el Servicio Andaluz de la Salud y el cirujano que había llevado a cabo la intervención a una paciente, luego fallecida, a fin de remediar la sordera que padecía en ambos oídos, siendo sometida, primero, a una intervención quirúrgica que mejoró la audición de uno de los oídos y, posteriormente, a pesar del cambio experimentado a consecuencia de la intervención en las condiciones físicas de la paciente, que agravaban los riesgos, la misma fue nuevamente objeto de operación para recuperar o mejorar la audición del otro oído. Durante el desarrollo de esta segunda intervención, tras la administración de la anestesia, se produjo un "shock" anafiláctico que determinó un estado de coma irreversible en el que la paciente se mantuvo hasta su fallecimiento. Las infracciones de la *Lex Artis* en el proceso anestésico son fuente frecuente de declaraciones de responsabilidad, así cuando *"…una paciente de 30 años de edad contrató la práctica de una intervención estética de abdomiplastia con determinada clínica, en la que el anetesiólogo practicó tres intubaciones que fueron practicadas, según la prueba pericial de forma deficiente. A resultas de ello sufrió una lesión cerebral irreversible de encefalopatía hipoxica-isquemica".* Razona la sentencia que: "…*Es cierto que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica… si bien no estamos ante un riesgo propio de la anestesia, sino ante una incorrecta colocación del tubo de respiración endotraqueal y consiguiente vulneración de la lex artis propia del médico anestesista…"*[362].

362 Sentencia TS 1ª de 29 de mayo de 2014.

La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia absolvió al cirujano que había practicado la intervención, aunque condenó a la Administración titular del centro hospitalario donde se había practicado la intervención quirúrgica al pago de los daños y perjuicios causados.

Por su parte, la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado, extendió la absolución al titular del centro hospitalario, al no haberse apreciado culpa ni negligencia en el médico demandado, reseñando en sus fundamentos jurídicos la jurisprudencia del Tribunal Supremo proclive a la no aplicabilidad de la LGDCU.

16. La actividad médica como obligación de medios

La calificación de las obligaciones que incumben al médico como de medios, parece responder, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, al carácter aleatorio en la obtención del resultado curativo que se busca puesto que, si bien con carácter general el resultado curativo depende de la cumplimentación por el médico de la *"lex artis ad hoc*, la curación del paciente puede depender de otras circunstancias ajenas a esa asistencia (por ejemplo, los hábitos de vida del paciente, circunstancias desconocidas por la Ciencia Médica, edad, genética...).

La diferencia entre la obligación de medios y de resultados que incumbe a los profesionales médicos, ha sido puesta de manifiesto, entre otras, por la STS1ª de 22 de abril de 1997. En ella se confirma la dictada por la SAP de Oviedo, de 16 de marzo de 1993, que condenó a un médico general y al INSALUD a indemnizar al paciente con 10.000.000 de pesetas. Dicha Sentencia dice así:

" Haciendo abstracción de la responsabilidad derivada de delito, es preciso partir de la naturaleza de su obligación, tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios), ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía), como si se deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultados en lo que es reiterada jurisprudencia: entre otras muchas, Sentencia de 8 de mayo de 1991, 20 de febrero de 1992, 13 de octubre de 1992, 2 de febrero de 1993, 7 de julio de 1993, 15 de noviembre de 1993, 12 de julio de 1994, 16 de febrero de 1995, 23 de septiembre de 1995 y 15 de octubre de 1996.

La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto de incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado.

A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquél resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor, consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación del resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento".

A la luz de la doctrina contenida en la Sentencia transcrita, pueden citarse las siguientes diferencias entre obligación médica de medios y obligación médica de resultados:

Desde el punto de vista lingüístico

Cuando se aborda la distinción, ya clásica, entre obligación de medios y de resultados, que la doctrina jurisprudencial ha asumido y perfilado en sus pronunciamientos, cabe destacar que, si bien la acepción más utilizada es la de "obligación de medios y resultados", el Tribunal Supremo y parte de la doctrina se acogen a otras denominaciones (arrendamiento de obra y arrendamiento de servicios)[363].

La primera impresión que produce esta diversidad terminológica es la falta de claridad existente. En efecto, los mayores problemas que se plantean en relación a estas dos categorías

363 M. RIVERA FERNÁNDEZ. *La responsabilidad médico sanitaria y del personal al servicio de la Administración Pública (análisis doctrinal y jurisprudencial*). Obra citada, págs. 1 y ss.

derivan, justamente, del hecho de su creación doctrinal y, posteriormente jurisprudencial, siendo la doctrina de los diversos ordenamientos jurídicos la que se ocupó primeramente no sólo de conceptuarla, sino también de configurar su régimen jurídico.

No obstante, la opinión mayoritaria entiende que la citada heterogeneidad conceptual no debe ser obstáculo para detenernos en lo realmente importante de la cuestión: es decir, lo que, desde el punto de vista del Derecho sustantivo, entraña una y otra obligación.

Desde la perspectiva del contenido de ambas obligaciones

Desde el punto de vista del contenido de ambas obligaciones, realmente, el problema radica el fijar la obligación de hacer a la que se obliga el médico.

Pues bien, va a ser la diferente naturaleza de la prestación el distinto objeto de la obligación, lo que va a permitir configurar, de modo distinto, el contenido de la prestación de hacer asumido por el médico en cada una de ellas.

En efecto, en las obligaciones de medios, el médico se halla obligado a llevar a cabo una actuación diligente con el fin de obtener un resultado, pero, en tales obligaciones, el resultado no se inserta en las mismas, por cuanto que el médico no puede garantizarlo puesto que existe un componente de incertidumbre.

En consecuencia, la no obtención del resultado pretendido no constituiría, en principio, incumplimiento. Es más, que el resultado no se halle en la naturaleza de la obligación, no significa en absoluto que éste sea indiferente para las partes.

Por el contrario, en las obligaciones de resultado, el profesional sanitario se compromete a la obtención de un resultado cierto, que sí puede prometer, porque existe seguridad y certidumbre respecto a su consecución. En consecuencia, el resultado se halla en la naturaleza de la obligación al configurarse como un fin plenamente exigible a efectos de cumplimiento.

El anterior planteamiento no permite entender que la diligencia sea irrelevante en las obligaciones de resultado, sino que se impone como un deber accesorio, como un instrumento del médico en la ejecución del resultado último debido.

Desde la perspectiva del cumplimiento de la obligación, y del riesgo inherente a ella

Del anterior planteamiento se deducen importantes consecuencias en materia de cumplimiento y distribución del riesgo.

Desde el punto de vista del cumplimiento de la obligación, tratándose del deber de medios, la imposibilidad de asegurar la obtención del resultado obliga a extremar la diligencia, como un valor de referencia, a la hora de determinar su cumplimiento o incumplimiento. Efectivamente, el médico cumple por el hecho de haber puesto los medios a disposición del paciente para la obtención del resultado deseado o, por decirlo de otra manera, no incumple si, a pesar de desplegar todos sus conocimientos técnicos y habilidades, dirigidos a la consecución del resultado, aquél se malogra.

En cambio, en el ámbito de las obligaciones de resultado, el criterio a seguir a la hora de determinar un posible incumplimiento por el médico, es un dato objetivo, a saber, la obtención del efecto práctico a que se ha comprometido el médico, que es la clave para la satisfacción del interés primario del paciente. En razón a lo dicho, aparecen diferencias respecto a las obligaciones de medio, en lo referente al cumplimiento y distribución del riesgo.

En una obligación de resultado el médico ha cumplido cuando ha obtenido el efecto a que se había comprometido, porque de él dependía el poder garantizarlo[364]. Es decir, la satisfacción del interés primario del acreedor permite establecer el cumplimiento de la obligación.

364 En la tesis tradicional STS3ª de 26 de abril de 2006, al analizar el caso de un embarazo y parto subsiguiente en mujer fecundada por varón a quien se había practicado una vasectomía que sufrió posterior recanalización espontánea. El resultado pretendido era la esterilidad del varón, cosa al parecer no lograda. Es de destacar que, de un tiempo a esta parte, para declarar responsabilidad del medio sanitario, por una recanalización de las mencionadas, se exige una prueba de paternidad del varón "recanalizado" respecto del fruto de la concepción de su pareja. Sobran comentarios a esta exigencia.

En materia de imputación del riesgo, éste recae sobre el médico, de tal forma que si no obtiene el efecto debido, no tendrá derecho a recibir la contraprestación del paciente (el pago de los honorarios) y, además, surgirá la obligación de resarcir los daños ocasionados.

Desde la perspectiva de la carga de la prueba y la exigencia de responsabilidad

La diferencia en cuanto al régimen de responsabilidad, según se esté ante una obligación de medios o de resultados, debe ser objeto de un estudio más profundo. No obstante, someramente, es menester distinguir dos momentos claves. El primero, relativo al hecho material del cumplimiento o incumplimiento, que no es condición suficiente aunque sí necesaria, para, en segundo lugar, dar paso al estudio de la responsabilidad (imputabilidad o no del incumplimiento.

El incumplimiento supone el presupuesto de la responsabilidad y, una vez constatado éste, el problema radica en determinar a quién es imputable dicho incumplimiento. Las dificultades comienzan cuando se pretende distinguir el régimen de responsabilidad aplicable, según estemos en presencia de una obligación de medios o de resultados, puesto que, los defensores de esta distinción sostienen que – respecto de la obligación de medios – resulta suficiente para que surja la responsabilidad el mero incumplimiento de las obligaciones del médico, y sin que opere el caso fortuito o la fuerza mayor como causas extintivas de la responsabilidad; por el contrario, si se tratase de una obligación de resultado, el médico podría exonerarse de responsabilidad probando la concurrencia del caso fortuito o de la fuerza mayor.

La STS1ª de 11 de febrero de 1990 es ilustrativa de la descripción del contrato existente entre el médico y el paciente, absolviendo a un cirujano y a la compañía de seguros del mismo, por no haberse acreditado negligencia en la actuación del profesional.

El Tribunal Supremo declara que no se acreditó que el daño fuese debido al comportamiento culposo o negligente del médico, y no a una imprevisible complicación surgida de manera enteramente extraña al obrar del facultativo.

El supuesto de hecho resuelto por la resolución judicial consistió en una polipectomía nasal bilateral realizada mediante maxiloetmoidectomía bilateral, en el curso de la cual se produjo una hemorragia retrocular derecha con paso de sangre de la herida operatoria desde el seno

a la órbita a través de pequeñas fisuras imprevisibles de la pared ósea, causando a la paciente una retropía e hipertropía del ojo derecho.

Se exoneró de responsabilidad al cirujano de la medicina privada en base a la doctrina expuesta, imperante en la época en que se dictó la sentencia, relativa a que no cabe admitir la responsabilidad objetiva sin culpa en el ámbito de las relaciones sanitarias, siendo, sin embargo, interesante la transcripción del Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia citada por cuanto sus razonamientos son utilizados, desde entonces, por la práctica totalidad de los Órganos Judiciales de lo Civil para definir el contrato médico, y declara lo siguiente:

"En corroboración de la solución acogida en el presente Fundamento de Derecho, es de considerar que si ciertamente el derecho positivo español no contiene preceptos definidores del estatuto jurídico del médico, sin embargo la doctrina científica y la jurisprudencia, partiendo del ordenamiento general civil, ha llegado a establecer el principio de que el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora aplicable[365], y aunque esta posición simplista, reductora de la intervención facultativa al aspecto contractual, omite la esencial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él, o de quien lo represente, o tenga su guarda, sino también en casos de urgencia, como siniestro, cumpliendo un imperativo deontológico, por lo que la múltiple relación fáctica que ello pueda originar puede ser también rica en matices, con complejidad incluso de relaciones, lo que determina la singular de que aquella relación profesional[366] que se produce entre el médico y el enfermo, con su molde amplísimo comprensivo de acogida de los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos ejercen las llamadas profesiones y artes liberales, según reconocen las sentencias de 18 de enero de 1941, 22 de diciembre de 1955, 7 de junio de 1958 y 2 de junio de 1960, releva claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico – enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica siempre influíble por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativa de un contrato de obligación de medios adecuados, y no de resultado".

365 Aunque la obligación de medios es exigible al médico, jurisprudencialmente, tanto en las relaciones de derecho público como privado, el "arrendamiento de servicios" se predica únicamente en la responsabilidad contractual.

366 Vid. nota anterior.

En idéntico sentido, la STS1ª de 25 de abril de 1994, incide en el carácter de obligación de medios que pesa sobre los médicos.

Dicha sentencia resuelve un supuesto fáctico caracterizado por la realización de una vasectomía con posterior recanalización del conducto deferente, y aunque finalmente se condenó al cirujano que la llevó a cabo por no haber informado al paciente de esta posible complicación, el Tribunal aprovecha para señalar que el médico resulta obligado *"a poner los medios necesarios para la deseable curación del paciente"*, atribuyendo al médico, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, *"una obligación de medios"*.

Esta Sentencia, no obstante, incluye dentro de la obligación genérica de medios que pesa sobre el profesional sanitario, toda una serie de deberes del médico entre los que figura, de forma destacada, la información adecuada prevista en el artículo 10.5 y 6 de la LGS, y la ausencia de la información[367] y del consentimiento otorgado por el paciente lo que llevó consigo un defectuoso cumplimiento de la obligación exigible, y el consiguiente reproche culpabilístico.

Por fin, la Sentencia de la STS1ª, de 29 de junio de 1999, al resolver un caso de colecistectomía efectuada a una mujer relativamente joven, tras la que, empeoró su estado de salud paulatinamente, se ordenó su traslado en ambulancia a un centro sanitario dotado de mejores medios que aquél en el que se llevó a cabo la intervención, produciéndose, en el itinerario, un episodio cardíaco controlado y, tras el ingreso en la UVI del citado centro hospitalario, la paciente falleció.

Se instó la exigencia de responsabilidad civil contra los facultativos, el Director del centro sanitario y la Administración Sanitaria titular del mismo y, en lo que aquí importa, se desestimó la reclamación deducida contra los médicos por entender que no concurría la prueba de la negligencia médica, dado que la actuación médica fue correcta *"y fueron de ese carácter los medios empleados"* por lo que no podía hablarse de negligencia en el diagnóstico, ni en la existencia de prueba clara y precisa en autos, como exige la atribución de la responsabilidad a los facultativos.

367 A veces la ausencia de información se debe al deseo expreso del paciente en ese sentido y debe ser respetado por el médico, así lo recoge el Código Deontológico Médico de 2011, en su artículo 15.2: … El médico respetará el derecho del paciente a no ser informado, dejando constancia de ello en la historia clínica".

Otra de las cuestiones interesantes que suscita la calificación de la obligación del médico como de medios es la diligencia con la que se debe ejecutar.

Para responder adecuadamente a esta cuestión hay que retomar el concepto de la *"lex artis ad hoc"* – ya tratada aquí – y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

En este punto cabe hacer referencia a la STS1ª de 10 de noviembre de 1999, que establece la doctrina general de que, para determinar si la conducta del facultativo ha sido o no cuidadosa, debe compararse con la del buen profesional que se deriva de su específica preparación científica y práctica, siempre teniendo presente el estado actual de la ciencia.

El Tribunal Supremo desestimó, en la resolución judicial antedicha, los Recursos de Casación que se interpusieron frente a la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial, y declaró que la responsabilidad del médico resultó probada en el proceso ya que, si hubiera actuado conforme a la *"lex artis"*, se habría dado cuenta de la existencia de un cuerpo extraño en la región intraocular y hubiera actuado en consecuencia, derivando igualmente de ello para la Mutua con la que el médico estaba ligado por una relación contractual de arrendamiento de servicios, y no sólo por ello, sino igualmente por la apreciación del vínculo contractual existente entre el asegurador y el asegurado, por virtud del cual aquélla venía obligada a prestar la asistencia más segura y eficaz.

Se trataba de un supuesto de indemnización de daños y perjuicios, instado por una paciente por la pérdida de visión en el ojo izquierdo a consecuencia de la presencia en el mismo de una esquirla de hilo de cobre que le generó un proceso inflamatorio crónico de cuya existencia no se percató el facultativo, lo que desencadenó en un diagnóstico de desprendimiento de retina con cuerpo extraño intraocular y catarata.

El Tribunal Supremo, al resolver los motivos de casación, señala que cuando el médico realiza un acto profesional se obliga a emplear la diligencia adecuada a los medios y no garantiza el acto terapéutico, es decir, no se compromete a curar sino a intentar curar, por lo que, en el caso concreto, el facultativo quebrantó la referida obligación de medios en lo que se refiere a la utilización de cuantos elementos conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias en relación con el enfermo, de tal suerte que cuando la prestación tiene un contenido técnico, el criterio para determinar si la actuación del facultativo ha sido o no cuidadosa debe compararse con la del buen profesional, del buen especialista que se deriva

de su específica preparación científica y práctica, siempre teniendo presente el estado actual de la ciencia.

Además, se destacan, en esta materia, por el Tribunal Supremo, las siguientes obligaciones del profesional prestador de servicios.

- La sujeción a la *"lex artis ad hoc"*.
- La obligación de actualización de conocimientos y medios.
- La obligación de la continuidad de los cuidados.
- La información al paciente, o, en su caso, a los familiares y allegados.

En lo que respecta a la sujeción a la *"lex artis ad hoc"*, ya se ha dicho que la diligencia profesional exigible al facultativo le obliga a actuar conforme a las reglas de la profesión – "la *lex artis ad hoc"* - esto es, a desempeñar su obligación en atención a un conjunto de reglas, principios o pautas de actuación que varían según el estado de los conocimientos técnicos de la Ciencia Médica, o a unos estándares aceptados por la generalidad de la comunidad científica, de modo que el médico debe respetarlos en su actuación profesional.

Tras esta visión de los planteamientos jurisprudenciales, conviene exponer una aportación doctrinal de notorio interés efectuada por el catedrático Bello Janeiro[368]. *"En materia de responsabilidad civil extracontractual el Código civil en su artículo 1902 consagra el principio general de que toda persona responde de los daños que, por acción u omisión cause a otro interviniendo culpa o negligencia, sentando a continuación, el artículo siguiente, que esta responsabilidad es exigible, no sólo por los propios actos u omisiones, sino por los de aquellas personas de quienes se debe corresponder".* Expone el profesor Bello Janeiro, de esta manera, una combinación de los principios de responsabilidad por culpa y del de culpa *in vigilando* (e incluso *in eligendo*), elementos naturales en el medio sanitario.

368 Domingo Bello Janeiro. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria.* Colección de Derecho de Daños. Editorial Reus 2013.

a) La obligación de conocimientos

Por lo que se refiere a la obligación de conocimientos y de actualización de los mismos, debe señalarse, primariamente, que la misma se contempla de manera específica y precisa en el CDM[369] , el cual, al tratar de la calidad de la atención médica, que afecta tanto a lo técnico como a lo humano, impone el deber de competencia y ciencia debidas, de estar al día, mediante el estudio y la educación continuada, estableciendo una nueva actuación de gran trascendencia ética cuando prohíbe la práctica de la denominada "medicina defensiva", recordando que la actuación médica debe abstenerse de llevar a cabo conductas imprudentes, pues no puede el médico embarcarse en actuaciones que sobrepasen su capacidad, por lo que, cuando eso ocurra, tendrá que confiar al paciente al cuidado de un colega competente, y obligando, por último, a pedir de inmediato la opinión de un compañero si observara que su capacidad intelectual o su habilidad técnica se debilita por razón de edad, enfermedad y otra causa.

En el ámbito sanitario público, esta obligación de conocimiento para los profesionales sanitarios dimana también del artículo 7 de la LGS, que impone la sujeción de los servicios sanitarios a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.

No obstante, es imposible en la práctica establecer un *"modus operandi"* único para todos los profesionales sanitarios respecto a la obligación de conocimientos, puesto que – como ya se apuntó en el estudio de lo concerniente a la *"lex artis ad hoc"* – no cabe esperar el mismo nivel de conocimientos en un titulado en Medicina General y Cirugía que en un Especialista – al menos respecto a los actos médicos que integran la Especialidad – y tampoco es idéntico el nivel de conocimientos en un médico rural que en otro integrado en un complejo sanitario.

De otra parte, la obligación de conocimientos está fuertemente condicionada por la diversidad de Especialidades Médicas que dominan el ejercicio de las reglas referentes a dichas Especialidades; es decir, en la actualidad la Ciencia Médica se halla dividida en numerosos compartimentos – cada uno de los cuales constituye una Especialidad – lo que impide que el facultativo esté constreñido a dominar todas y cada una de ellas.

369 Artículo 7 del Código de Deontología Médica de julio de 2011.

Por último, la cuestión de las Especialidades Médicas adquiere gran importancia, en la práctica, en el caso de actuaciones médicas en equipo, en el que surge la necesidad de delimitar el ámbito de funciones de cada uno de estos especialistas (por ejemplo, Urólogo y Anestesiólogo en el caso de la vasectomía). En este caso, resultará preciso circunscribir el campo de actuación profesional de cada uno de los especialistas intervinientes en el proceso médico, para individualizar después las obligaciones propias de cada uno de ellos en relación con el paciente, debiéndose tener en cuenta, además, que la obligación de conocimientos exigible a cada uno de los especialistas servirá para determinar, a posteriori, las consecuencias de la falta de dichos conocimientos.

Dentro de la obligación de conocimientos, y en base en lo que se ha manifestado en los párrafos anteriores, cabría hablar también de la obligación de consultar a otro facultativo, o, en su caso, remitir al paciente a un Especialista, obligación ésta que se configura con carácter ético y deontológico en el Código de 2011.

Hay que tener en cuenta al respecto que, aún presuponiendo la competencia genérica del médico (puesto que todos los profesionales, independientemente de la Especialidad que posean, se hallan en poder del título General en Medicina y Cirugía), puede resultar verosímil que, en ciertos casos, se vea obligado a consultar con otro médico y, en su caso, remitir al paciente a un Especialista, por carecer – o ser insuficientes – los conocimientos que se requieren en la situación concreta que aqueja al paciente[370].

Esta obligación, en principio, parecería contraria al carácter de prestación personal *("intuitu personae")* que se ha apuntado al hablar de las notas caracterizadoras del contrato de arrendamiento de servicios, sin embargo debe rechazarse tal carácter por lo siguiente:

- En primer lugar, la remisión a otro colega, o a un Especialista, se realiza siempre en interés de la salud del paciente, por lo que no cabe calificarla en ningún caso como abandono[371].

370 Según el artículo 22 del Código de Deontología Médica de julio de 2011, "El médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá al paciente que recurra a otro compañero competente en la materia".

371 F. SOTO NIETO. *¿La omisión del deber de socorro puede asegurarse?* IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. 1997. Fundación Mapfre Medicina.

- En segundo término, la obligación de remisión a otro facultativo aparece impuesta en el CDM, como se ha apuntado recientemente.
- Además, dicha actuación se acomodaría plenamente a los "usos de la profesión" o, a la *"lex artis ad hoc"*.
- En último término, si el médico omitiese la consulta a otro facultativo y, en su caso, la remisión a un Especialista, operaría inmediatamente la impericia, o la culpa o negligencia – e incluso el dolo en situaciones extremas – de las cuales se derivaría, indudablemente, responsabilidad para el primer profesional sanitario.

b) La obligación de medios técnicos

En lo tocante a la obligación de medios técnicos (que hemos enumerado conjuntamente con la obligación de conocimientos) resulta evidente que difícilmente el profesional sanitario – por la existencia de Ciencias Auxiliares de la Medicina – podrá desempeñar su cometido profesional correctamente si no cuenta con un mínimo de medios para ellos.

Surge así, en íntima relación con la obligación de conocimientos, el deber de disponer de los medios técnicos adecuados para la diagnosis y tratamiento del paciente, es decir, de aparatos e instrumentos en perfecto estado, lo que, indudablemente, posibilitará que su actividad se ejerza con plena eficacia.

Debemos hacer notar aquí que esta obligación de posesión de medios técnicos adecuados opera más intensamente en el ámbito de actuación de la Medicina Privada que en la Pública, por la sencilla razón de que en la Medicina Oficial el suministro de los medios técnicos necesarios para el ejercicio de las funciones del médico se lleva a cabo por la Administración Pública titular de los centros, servicios o establecimientos sanitarios a través de las formas de contratación establecidas en la LCSP (concurso, subasta, procedimiento negociado sin publicidad), por lo que, una eventual insuficiencia de medios técnicos adecuados para la diagnosis y/o el tratamiento del paciente, solo generaría el deber en el médico que trabaja para el Sistema Nacional de Salud de remitir al paciente al centro idóneo y, en caso contrario, (v. gr. Situación de urgencia vital), la responsabilidad por los daños producidos sería achacable directamente a la Administración Pública Sanitaria titular del centro.

Es, además, oportuno destacar que sólo con unos medios técnicos adecuados la actividad de diagnóstico y tratamiento será más fiable – descartándose así en cierta medida el azar que caracteriza a la profesión médica – y ajena a un error que pudiera ser considerado fuente de responsabilidad[372].

Dicho de otro modo, si bien, en principio, al tratarse de una obligación de medios la que pesa sobre el facultativo, un error de diagnóstico no sería constitutivo de culpa o negligencia y, en consecuencia, de responsabilidad, sí podría serlo cuando se ha incurrido en el error de diagnóstico por la carencia de medios técnicos o por el mal funcionamiento de los mismos para llegar a un diagnóstico correcto.

En esta línea, debemos referirnos a la STS1ª de 15 de julio de 1988, que condenó a indemnizar los daños y perjuicios causados por un anestesista por la tardanza en la aplicación de los medios terapéuticos adecuados.

Se trataba de una intervención quirúrgica a la que fue sometido un niño para corregir un estrabismo, de la que se derivó una parada cardiaca que determinó una encefalopatía anóxica, causante de una tetraparesia espática con afectación extrapiramidal, lo que llevó al análisis, a través de la práctica de la prueba pericial correspondiente, del examen de la conducta acaecida, en orden a la observancia o no, de la monitorización del paciente, a fin de controlar los riesgos generales de la anestesia, por cuanto la vigilancia de dicho monitor se erige – en los términos contenidos en la propia resolución judicial – en elemento clave a los efectos de enjuiciar la duración de la parada cardiaca que tan graves efectos produjo[373].

372 Se considera que origina responsabilidad "…sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas pueden servir de base para declarar la responsabilidad. Por tanto, un defectuoso diagnóstico o un error médico no es por sí mismo causa de responsabilidad si se acredita que se emplearon los medios ordinarios y se actuó con la debida diligencia para cerciorarse de diagnóstico…" STS1ª de 15 de febrero de 2006.

373 STSJ de 8 de noviembre de 2006 en el mismo sentido: gestante que ingresa en quirófano con la indicación de una cesárea por desproporción pélvico cefálica y sufrimiento fetal. La criatura sufrió una encefalopatía hipóxico isquémica que determinó una minusvalía del 75 por ciento. Se determinó que la causa de las graves lesiones fue la excesiva demora entre la indicación de la cesárea y su realización, cuando es conocido que el tiempo disponible para extraer el feto, en los casos de sufrimiento fetal, es de 15 a 30 minutos desde la detección de dicha circunstancia. El tiempo transcurrido, en este caso, de 40 minutos ocasiona, conforme a los protocolos al efecto de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, el daño en el feto.

Examinando la Sentencia recurrida, tras la consideración de la doctrina jurisprudencial de la posibilidad de revisión en casación de la valoración de la prueba pericial, y atendiendo a la efectuada por el Tribunal de Apelación que defendió la tesis exculpatoria por la contingencia de la especial "labilidad" del paciente, al analizar los aspectos referentes a la duración de la parada cardíaca, precedida o no de braquicardia, que determina la anoxia isquémica causante de lesiones irreversibles, y entendiendo que el Tribunal *a quo* prescindió en la valoración de un hecho tan esencial como es el de la monitorización, pues su existencia introduce la necesidad de valorar lo ocurrido en el quirófano con el lamentable resultado conocido, según criterios de razonabilidad, entiende que debe examinarse el tiempo de duración de la parada cardíaca padecida por el paciente durante la intervención, de tal suerte que tal *"tempus"* se erige en el elemento nuclear del caso enjuiciado a los efectos de la determinación de si fue negligente o no la actuación de los profesionales en detectar dicha parada cardíaca con la suficiente precocidad, a los efectos de aplicar las medidas terapéuticas necesarias.

Todo ello hace pensar – con base a la prueba pericial aportada – que en base a la monitorización del paciente un atento anestesista hubiera podido detectar, con suma rapidez, las anomalías del ritmo cardíaco, de manera que una intervención inmediata con los fármacos adecuados hubiera evitado la prolongación de la bracicardia y procurado la rápida reanimación, según los patrones normales, y sin necesidad de acudir al concepto de "labilidad" que entraña una hipótesis no demostrada.

En idéntico sentido cabría señalar la STS1ª de 31 de diciembre de 1997, que condenó al cirujano a pagar una indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de los daños sufridos por una operación de mama sin existencia de carcinoma, existiendo, por tanto, un error de diagnóstico que podría haberse evitado, lo que comporta su inexcusabilidad y el nacimiento de responsabilidad pues: *"la culpa del facultativo nace de la omisión de un medio adecuado para confirmar el diagnóstico antes de proceder a la extirpación...; existía el medio; no implicaba aumento de riesgo, su no uso produjo el resultado de la amputación; el consentimiento se otorgó para una presunta malignidad; y ninguna duda cabe de que a la vista de que " la paciente nunca tuvo un cáncer de mama", de que carecía de carcinoma, se hubiera suprimido o, al menos, pospuesto, la cirugía radical, que hubiera requerido, en todo caso, un nuevo informe y un nuevo consentimiento, a la vista del error; y al no actuarse así existe culpa, nexo causal y se han cumplido las exigencias probatorias".*

Es habitual la condena al medio sanitario cuando el daño proviene de un error, inserto en una deficiente actuación y produce un daño al paciente. Inequívoca condena como la que se produjo en una sentencia[374] que recogía el caso de una paciente sobre la que hubo *"… error en el diagnóstico médico por confundir los síntomas de una hemorragia subaracnoidea con un cuadro de ansiedad, hurtando a la paciente de posibilidades de tratamiento hasta el punto de haber podido evitar incluso el fallecimiento de la misma. No se llevó a cabo una adecuada exploración neurológica acompañada de técnicas de imagen para descartar otras posibles patologías caracterizadas precisamente por la aparición de los síntomas apreciados en la paciente…no se produjo una actuación sanitaria adecuada a la lex artis una vez que se produjo su ingreso en la unidad de observación. En definitiva a la Sra. Agustina se le privó de tales oportunidades haciéndose inútil cualquier intervención terapéutica por la presencia ya el día 16 de zonas isquémicas cerebrales amplias cuyo potencial de déficit residuales desaconsejaron ya cualquier actuación y debe entenderse que sufrió un daño antijurídico consistente en que si los servicios sanitarios hubieran actuado más diligentemente, habría disfrutado de la probabilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud y, en definitiva, para su vida, pues el momento tardío en que se establece el diagnóstico definitivo no deja ya opción posible de tratamiento"*

Es evidente que la necesaria posesión de los medios técnicos constituye una derivación de la conducta exigible al médico y, realmente, si se tiene en cuenta la socialización de la medicina y la intervención de los poderes públicos en la ordenación administrativa de los servicios sanitarios, es inimaginable concebir la realización correcta de la prestación sanitaria sin unos medios técnicos adecuados.

Esta obligación de disposición de medios técnicos adecuados ha sido dibujada de manera distinta en el Derecho Comparado. [375] En Francia, la jurisprudencia tiende a considerarla como una obligación de seguridad – resultado, de manera que se distingue entre daños efectuados por el acto médico, en sí mismo considerado, y daños derivados de la existencia de medios técnicos defectuosos, lo que determina un diferente juego de responsabilidad, habida cuenta que, tratándose de los primeros es necesario probar la culpa o negligencia del médico, mientras que, en el caso de los segundos, existe una especie de responsabilidad objetiva de modo que la presunta existencia de defectos del material es suficiente para la determinación de la responsabilidad.

374 TSJ de Andalucía. Contencioso de 24 de marzo de 2014.

375 Exposé des motifs, Loi 303 du 2002, Le Nouveau droit des malades, actes de la tournée d`études des éditions du jurisclasseur, Groupe Lexisnexis, Paris, 2002.

Por el contrario, la jurisprudencia italiana[376] aplica justamente la tendencia contraria a la francesa, de modo que la obligación de disposición de medios técnicos adecuados se califica justamente como una obligación de medios con todas las consecuencias antes apuntadas para este tipo de deber.

En nuestro país, al menos por lo que se refiere a la Sanidad Pública, entendemos que, en el caso de coexistencia de daño por el acto médico con perjuicios producidos por los medios técnicos defectuosos, cabrían los siguientes tipos de exigencia de responsabilidad:

- Imputación de responsabilidad al titular del centro sanitario donde se ha producido el perjuicio, en base al principio de responsabilidad objetiva establecido la LGDCU[377].
- Imputación de responsabilidad al profesional (o profesionales) sanitario que, por falta de vigilancia sobre los aparatos y no apreciación de defectos evidentes, puedan causar un daño al paciente; todo ello en base a los artículos 1101 y 1902 del CC.
- Responsabilidad solidaria del centro sanitario y del médico, en base a lo prevenido en el artículo 1903. 4 del Cc.

Otra subespecie de la obligación de conocimientos del médico sería la de remitir al paciente a un centro, servicio o establecimiento sanitario, dotado de mejores medios técnicos y, al amparo de la cual, surgiría la responsabilidad del profesional facultativo que, consciente de la insuficiencia o carencia de medios de que dispone, no ordena trasladar al paciente a otro centro mejor equipado, o lo hace con un retraso injustificado que determina la producción de daños.

Por lo que se refiere al cumplimiento de esta obligación en la Sanidad Pública, es de señalar que el actual ordenamiento médico sanitario del Sistema Nacional de Salud impone fuertes trabas al médico para cumplimentarla, de manera que el facultativo no puede, libremente, derivar al paciente a otro centro sanitario, sino que la decisión corresponde en última instancia al Director Gerente del Centro Sanitario[378], una vez comprobada la carencia de medios técnicos

376 P. E ROZO SORDINI. *Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y los abogados en el Derecho italiano*. En *foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpri/article/.../632*

377 J. FERNÁNDEZ COSTALES. *La responsabilidad civil médica y hospitalaria*. Obra citada. Páginas 170 y ss.

378 Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, sobre Estructura y Funcionamiento de los Hospitales Gestionados por el INSALUD, el cual continúa vigente en tanto que las Comunidades Autónomas, a las que les han sido

al efecto; asimismo, para la derivación del paciente a otro centro, previamente ha de acordarse el correspondiente convenio o concierto para la prestación de servicios sanitarios distintos de los del Sistema Nacional de Salud, conforme a lo dispuesto en la LGS y en la LCSP y, si se trata de remitir al paciente a los servicios sanitarios dependientes de otra Comunidad Autónoma, la Entidad remitente habrá de soportar los gastos derivados del transporte del enfermo y de la asistencia sanitaria recibida.

Frente a esta obligación de remisión al paciente a un centro sanitario con mejores medios técnicos, que ha sido puesta de relieve por la doctrina jurisprudencial civil, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, al resolver supuestos de hecho sobre reintegro de gastos sanitarios ocasionados por la atención recibida en instituciones sanitarias distintas del Sistema Nacional de Salud[379], bien originados por la urgencia vital[380] o por la denegación injustificada de asistencia, ha venido declarando que *"el artículo 43 de la Constitución no concede un derecho de opción al interesado para que este pueda elegir libremente entre la asistencia sanitaria pública y la privada,* así como que *"la posesión de técnicas – punta por la Medicina Privada, que no están aún socializadas ni al alcance de la población en general tampoco permiten a los pacientes ejercer la opción entre la Medicina Privada y la Oficial.*

c) El deber de información terapéutica

Por último, en lo tocante a la obligación de información, la doctrina distingue entre la dispensación de la información previa al consentimiento informado y la información terapéutica.

La regulación legal de la información al paciente se halla prevista en normas especiales, ajenas al CC, entre las que cabe destacar la LGS, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano[381] y la LAP.

transferidas las funciones y servicios de dicha Entidad Gestora no aprueben la normativa que le sustituya en su ámbito territorial de competencias.

379 Artículo 102.3 de la LGSs, aún vigente, y Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización

380 En el sentido de interpretación expansivo de este término, que entiende por tal no sólo el peligro inminente de la vida, sino el riesgo de pérdida de algún sentido o de pérdida anatómica o funcional de cualquier miembro. STS4ª de 7 de diciembre de 2004.

381 Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, firmado en Oviedo el día 4 de abril de

Con arreglo a la última de las disposiciones citadas *"una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada, acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.*

Asimismo, el artículo 4 de la LAP, dispone que *"los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho aque se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica[382], comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle".*

El consentimiento como consecuencia de la información médica previa es, por tanto, una obligación legal, pero también, y como ha puesto de manifiesto reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, un acto clínico más[383], bien que se considere específicamente incluido en la *lex artis*, o más generalmente, como integrado en la obligación de medios.

En efecto, al cumplir su obligación legal de informar para obtener el consentimiento del paciente al tratamiento, el médico no se limita a cumplir esta obligación y a protegerse contra una demanda sobre responsabilidad profesional. Por el contrario, estará realizando un acto clínico, elevando la calidad de la asistencia, y propiciando que la relación médico paciente se asiente sobre unas bases que conducirán a su mejor éxito: además, se supera

1997, y en vigor en nuestro país desde el 1 de enero de 2000, en virtud de Instrumento de Ratificación del citado Convenio publicado en el BOE de 20 de octubre de 1999.

382 A este documento (el más relevante de cuantos se refieren al paciente), dedica particular atención el Código de Deontología Médica de 2011, en su artículo 19.

383 También en los Tribunales superiores: STSJ Cataluña de 28 de mayo de 2004. Va afianzándose la tesis de que la mera omisión del consentimiento tiene plena autonomía como concepto indemnizable, aunque la actuación clínica haya sido correcta, bajo el criterio de que tal ausencia supone un daño moral indemnizable. El no haber informado o no haber obtenido el consentimiento se consideran quebrantamientos de la lex artis y por ello infracciones del deber de actuar del profesional hacia el paciente.

así la vieja consideración, propia de la medicina tradicional, de que lo que importa ante todo es el bienestar del paciente y se sustituye por el llamado principio de autonomía de la voluntad, es decir el sometimiento voluntario a un tratamiento por su libre y soberana decisión, tratamiento, además, en el que el enfermo debe ser considerado como sujeto de derechos y deberes, que incluyen no solo lo referente a su salud, sino también el respeto a su dignidad humana e intimidad.[384]

Por otro lado, respecto de la información terapéutica, distinta de la información previa para la obtención del consentimiento informado, la normativa examinada no restringe la información a un momento temporal preciso, sino que la concibe como un derecho que se satisface continuamente, a lo largo de todo el tratamiento.

De ahí que el médico deba, también con deber jurídicamente exigible, informar de manera amplia al paciente sobre todo su proceso, es decir, la enfermedad que padece, los hábitos de vida que debe adoptar, el régimen dietético y de cuidados, la forma e intensidad en que la enfermedad o el tratamiento van a afectar a sus actividades, etc.

A este segundo aspecto de la información se le denomina información terapéutica, aunque también es un derecho del paciente y le facilita, a él y también a quien puede o debe ayudarle, sus familiares o allegados, el cumplimiento de su deber de colaborar con las instrucciones del médico, y ha sido objeto de una atención muy escasa, quizás como consecuencia de la magnitud de los problemas y los planteamientos judiciales a que ha venido dando lugar el consentimiento informado.

Gran parte de los problemas que plantea la información terapéutica son comunes a los suscitados por la información como requisito del consentimiento, pero también son apreciables ciertas diferencias:

384 La STS1ª de fecha de 24 de mayo de 1995, declara al efecto que "todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica, y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato... (por lo que el médico)... con su conducta omisiva vino a desconocer la obligación impuesta por la *lex artis* en el aspecto concreto indicado de haber prescindido del consentimiento de la paciente, lo que originó, forzosa e ineludiblemente, que su conducta deba ser calificada de antijurídica en el ámbito del derecho, y comportó, a su vez, la obligación de indemnizar el resultado dañoso producido".

- En primer lugar, se insiste, la información terapéutica es un proceso continuado en el tiempo, que no se agota con la obtención del consentimiento informado. Así lo establece explícitamente la LAP, recalcando que debe abarcar todo el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.
- Además, la información terapéutica es un proceso fundamentalmente verbal[385] a diferencia del consentimiento informado, que es predominantemente escrito.

En cuanto al diagnóstico, debe recordarse desde el punto de vista médico el fundamental papel que juega la información para el establecimiento de una relación médico paciente de calidad, en cuyo primer momento parece esencial que el paciente acepte y conozca su enfermedad, lo que servirá a éste para organizar y adecuar su conducta durante el proceso patológico, y al médico para fundar sobre ella el resto de sus explicaciones y para justificar sus peticiones de exploraciones y análisis complementarios, así como sus decisiones terapéuticas.

Desvelar la denominación de la enfermedad, incluso en términos técnicos, a condición de explicar después llanamente al paciente el por qué y en qué consiste, facilita la comprensión de reacciones imprevistas y efectos secundarios; contribuye a atenuar sus consecuencias; permite adecuar las condiciones de administración de fármacos y refuerza la colaboración del paciente en la lucha contra la enfermedad.

Por lo demás, desde el punto de vista jurídico, la obligación terapéutica es una obligación jurídica que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha considerado incluida en la *lex artis*, como un acto clínico más, cuyo incumplimiento puede, por tanto, dar lugar a la correspondiente responsabilidad[386].

385 SCAAN de 17 de diciembre de 2003. Es preciso destacar que la obligación de informar por escrito es menor cuanto más necesaria es la intervención. La citada Sentencia analizaba el caso de un legrado como única posibilidad para extraer los restos del feto, actuación perfectamente conocida y protocolizada,

386 Según la STS3ª, de fecha de 22 de noviembre de 1991, "constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica y, en general al personal sanitario, el que adviertan claramente a sus pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren, de modo tal que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad, o por la persona jurídica pública o privada en cuya organización se encuentra el técnico sanitario, o por éste individualmente si ejerce la profesión de modo libre".

17. La actividad médica como obligación de resultados

Ya se ha expuesto, en el epígrafe precedente, que en el Orden Jurisdiccional Civil, el médico asume, con carácter general, una obligación de medios respecto a los cuidados que debe proporcionar al paciente, pero que, en determinados supuestos que se analizarán a continuación, el profesional médico ha venido asumiendo una obligación de resultados, encuadrable en el contrato de arrendamiento de obra y no de servicios.

El Tribunal Supremo estableció inicialmente que para determinar si la obligación del profesional médico era de medios o de resultados había que estudiar cada caso concreto, distinguiendo entre:

i. Aquellos tratamientos que se consideran voluntarios o satisfactivos, como la **medicina estética** y ciertos tratamientos de **odontología** que se consideran más estéticos que necesarios, en los que podía exigirse un resultado concreto.

ii. Aquellos otros tratamientos que se consideraban curativos, en los que la intervención era necesaria y no voluntaria, debiendo exigirse en estos casos la obligación de poner todos los medios para la sanación del paciente, pero sin la obligación de un resultado concreto.

Cuestión más complicada es la de determinar cuál es el resultado concreto que el facultativo puede garantizar y, en este sentido cabe señalar que, según la opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, existen determinados actos médicos en los cuales se puede comprometer la obtención de un resultado concreto.

Es de advertir que las obligaciones de resultado, terminológicamente, no tienen como finalidad única la curación del paciente, sino otros distintos aspectos que deben tal calificación a la naturaleza misma de la obligación.

Existen, en el ámbito de la práctica médica, actos cuya naturaleza – por no resultar la realización de dicho acto excesivamente compleja y porque el estado de la ciencia favorece su calificación en este sentido – en los cuales puede garantizarse el resultado de la curación. Son las denominadas, en la terminología usual, "intervenciones menores" que, siempre que se realicen en circunstancias normales no deben de producir ningún tipo de daño o lesión,

aunque es de resaltar que, respecto de este tipo de intervenciones, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sigue considerándolas como constitutivas de la obligación de medios y no de resultados y, por ende, exigiendo la prueba de la actuación culposa del médico por parte del demandante.

Las Especialidades Médicas en las que se han venido manifestando las obligaciones de resultados, son las siguientes:

i. Realización de análisis clínicos y radiología

En relación a las citadas especialidades, merece señalarse que su finalidad no es la curación del enfermo, como es obvio, sino que, por el contrario, constituyen un instrumento auxiliar para lograr esa finalidad, aunque, en sí mismas consideradas, obligan al Analista Clínico o al Radiólogo al un resultado determinado.

Es, pues, en la medida en que las actuaciones derivadas de dichas Especialidades Médicas se dirigen a la obtención de un resultado, el cual puede servir de ayuda para alcanzar la curación del paciente, en el que se integran en el contrato de arrendamiento de obra.

ii. Elaboración e implantación de prótesis

En determinadas Especialidades Médicas (Odontoestomatología – colocación de prótesis dentales – Ginecología – implantación de un Dispositivo Intrauterino – y Cirugía Plástica y Reparadora) la colocación de prótesis constituyen obligaciones de resultados.

Por lo que respecta a la Odontoestomatología, la mayor parte de la doctrina estima que las actividades que llevan a cabo dichos especialistas se integran en las obligaciones de medios (enfermedades bucales, fluorización...), debiéndose destacar, además, que en esta rama la posibilidad de compensación de culpas, en caso de responsabilidad profesional, se acentúa más que en otros sectores de la Medicina pues, piénsese por ejemplo, en el supuesto de la ortodoncia, en el que se precisa la constante colaboración del paciente, pues si éste no desarrolla esta actividad dinámicamente difícilmente se conseguirá la perfecta colocación de sus piezas dentales.

En la responsabilidad de los médicos que desempeñan actividades de Odontoestomatología, por la elaboración e implantación de prótesis, cabe distinguir la situación del Protésico Dental[387] de la del Odontoestomatólogo[388], en la medida en que éste último se halla facultado legalmente para la prescripción e implantación de prótesis, mientras que al primero le compete el diseño, preparación, fabricación y reparación de prótesis dentales.

Resulta claro, en virtud de lo antes dicho, que, por lo que se refiere a las obligaciones de resultado, habrá que distinguir, en su caso, si los daños causados al paciente proceden de la actuación de uno u otro, o de ambos, pues la responsabilidad no será idéntica para ambos.

En efecto, en lo que se refiere al Odontoestomatólogo, éste asumirá una obligación de medios si la implantación de la prótesis se ha llevado a cabo con infracción de la *"lex artis ad hoc"* y, por el contrario, no podría imputársele ningún tipo de responsabilidad si el aparato protésico, prescrito y colocado correctamente para intentar conseguir la obtención de un resultado, no consigue la finalidad prevista.

De otra parte, el Protésico Dental, en atención a su cualidad de fabricante de la prótesis, puede ser responsable objetivamente, conforme a lo preceptuado en la Ley sobre Responsabilidad Civil por los Productos Defectuosos, por los daños y perjuicios causados a consecuencia de defectos en la misma.

Ha de ponerse de manifiesto que, en aras de la exigencia de esta posible responsabilidad del Protésico Dental, si el mismo no es conocido por el paciente, al haber sido al Odontólogo a quien ha suministrado la prótesis, lo que acontece con frecuencia, la LGDCU hace responder a éste último de los daños y perjuicios causados como si hubiera sido el fabricante, salvo que, en el plazo de tres meses, indique al paciente la identidad del fabricante, o de quien le hubiera facilitado o suministrado a él dicho producto, siendo de destacar que esta situación resulta onerosa para el Odontoestomatólogo puesto que, por esta vía , se transforma su obligación de medios en otra de carácter objetivo.

387 Se regulan por el Real Decreto 1595/1994, de 15 de julio.

388 Se regula por la Ley 10/1986, de 17 de marzo.

iii. Intervenciones de vasectomía y ligadura de trompas, para la supresión de una facultad biológica

En este tipo de actuaciones médicas resulta imprescindible una adecuada información al paciente de los riesgos que conlleva la utilización de estas técnicas, aunque sean atípicos[389], cuya observancia rigurosa puede determinar, paradójicamente, el resultado de la intervención. Dicho de otro modo, si el médico da cumplimiento a la información como requisito previo del consentimiento, así como a la información terapéutica, y el paciente sigue sus indicaciones, en un determinado momento del proceso desaparecerá la aleatoriedad, lo que, en definitiva, permitirá calificar la obligación que contrae el profesional sanitario como de resultado.

En el tipo de actos médicos que venimos examinando no se vislumbra una posición unitaria por parte de los Jueces y Tribunales, puesto que al lado de resoluciones judiciales que califican este tipo de actos médicos, otras lo conceptúan como de resultados, sin que, hasta la fecha, se haya adoptado una línea jurisprudencial unitaria.

iv. Cirugía estética para la obtención del embellecimiento

En esta especialidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido oscilando en la calificación de los actos médicos que llevan a cabo los profesionales sanitarios, como generadores de obligaciones de medios o de resultados.

En apoyo de la tesis de que la actividad en Cirugía Estética, Plástica y Reparadora constituye una obligación de medios se han apuntado los siguientes argumentos:

- Partiendo de un concepto amplio de salud y de actividad médica, si se considera a aquella no sólo como un bienestar físico, sino también psíquico y moral, se puede inferir que la Cirugía Estética tenga carácter curativo, y no voluntario o satisfactivo, aunque sólo persiga una finalidad embellecedora.
- Asimismo, el estado de conocimientos actuales de la ciencia no garantizan que las intervenciones embellecedoras de Cirugía Estética no garantizan la obtención del

389 El Tribunal Supremo, en una interesante sentencia (STS1ª de 4 de octubre de 2006) declara, la necesidad de que en la medicina llamada satisfactiva se acentúa el deber de informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, permitiendo de esa forma al interesado paciente/cliente conocer los eventuales riesgos para poder valorarlos y poder tomar una decisión.

> resultado perseguido en todos los casos. A nadie se le escapa que, cuando el Cirujano Plástico procede a realizar una intervención de esta naturaleza, actúa sobre el mismo cuerpo humano y va a encontrar la misma falta de certeza y aleatoriedad que en las obligaciones de medios.

Por otra parte, en el caso de que el facultativo prometa al paciente la obtención del embellecimiento como resultado de la intervención, es claro que, en tal caso, la inicial obligación a cargo del especialista se ha venido convirtiendo, tradicionalmente, en una obligación de resultados.

Así pareció haberlo entendido la SAP de Oviedo en fecha de 28 de noviembre de 1995, con relación a una intervención de cirugía estética.

La Audiencia Provincial declara, en dicha resolución judicial, que en cirugía estética es obligatorio que el paciente reciba información rigurosa, detallada, precisa y puntual de los riesgos que comporta, de los daños y secuelas que puede originar y del tanto por ciento de efectividad en la producción del resultado, así como de cuantos factores ulteriores lo impidan, o dificulten su causación.

La doctrina al respecto ha venido variando en función de si las intervenciones médicas son curativas o no; así, en el caso de intervenciones curativas, se suele afirmar que no es necesario informar de riesgos mínimos o remotos.

El problema debatido se sujeta en su enjuiciamiento a las reglas interpretativas señaladas, básicamente, en la STS1ª de 25 de abril de 1994, en la que el actor concertó con la demandada un servicio, que dentro de la responsabilidad sanitaria, encaja en la denominada "medicina voluntaria", la cual no busca atajar o evitar un quebranto directo de la salud, sino obtener un resultado en unos casos puramente estéticos, y en otros no.

Por su parte, la STS1ª, de 20 de noviembre de 2009[390], declaraba que *"las doctrinas sobre medicina curativa - medicina satisfactiva, y sobre obligación de medios-obligación de resultado, dice la sentencia de 23 de octubre de 2008 , no se resuelven en respuestas absolutas, dado que según los casos y las circunstancias concurrentes caben ciertos matices y moderar las consecuencias.*

390 Ponente, Excmo. Sr. J.A Seijas Quintana.

Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la sentencia de 22 de noviembre de 2007 , analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que "no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007).

Es, en definitiva, lo que se conoce como la lex artis o lo que es lo mismo un supuesto y elemento esencial para llevar a cabo la actividad médica y obtener de una forma diligente la curación o la mejoría de la salud del enfermo, a la que es ajena el resultado obtenido puesto que no asegura o garantiza el interés final perseguido por el paciente".

En cualquier caso es incuestionable la relevancia del cumplimiento de la *lex artis*, como destaca el catedrático Bello Janeiro[391]: "*…a partir del daño que fundamenta la responsabilidad, el criterio de imputación en virtud del artículo 1902 del CC, se basa en el reproche culpabilístico y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo – lex artis ad hoc – todo ello con amparo en reiterada jurisprudencia."*

Debemos dejar constancia, antes de concluir este apartado, del trascendental giro que ha dado esta distinción entre obligación de medios y de resultados (y su obligada consecuencia en la determinación de responsabilidad), en el sentido de considerarse jurisprudencialmente que la obligación general de la Medicina es de medios y no de resultados, con independencia de la acción clínica que se acometa, de modo que sólo existe obligación de resultados cuando se garantizan éstos, al término de la actuación sobre el paciente o usuario.

Es interesante examinar la redacción de la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S de 27 de septiembre de 2010, siendo ponente: Seijas Quintana, José Antonio:

"La distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los

391 Domingo Bello Janeiro. La prueba de la responsabilidad médica en *Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria.* Colección de Derecho de Daños. Editorial Reus 2013.

supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras…sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico (SSTS 30 de junio EDJ 2009/158045 y 20 de noviembre 2009 EDJ 2009/265694). Obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y en especial ofrecerle la información necesaria, en los términos que exige la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,… teniendo en cuenta que los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y que la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultan de cualquier otro tipo de cirugía: hemorragias, infecciones, cicatrización patológica o problemas con la anestesia, etc. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico, equiparando el daño al resultado no querido ni esperado, ni menos aún garantizado, por esta intervención, al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad, que, en definitiva, le impediría demostrar la existencia de una actitud médica perfectamente ajustada a la *lex artis*".

En el campo de la Medicina Estética, ejemplo prototípico de la conocida como Medicina Satisfactiva, en su consideración actual, si bien la obligación del cirujano plástico es una obligación de resultado, no es menos cierto que esta obligación se traduce a una obligación de medios desde el momento que debe haber un seguimiento post-quirúrgico, estando esta obligación de seguimiento a cargo del paciente, de lo cual entonces, se invierte el cargo de la prueba es decir, el paciente-demandante es quien debe demostrar que el médico actuante ha sido negligente en su actuación.

Esta precisión acerca de la relevancia de la colaboración del paciente es de la máxima importancia. Un trabajo que haya sido, en el terreno clínico, impecable, ajustado a *lex artis*, puede ser echado a perder por no seguir precauciones o cuidados del paciente, quien luego, sobrevenido el suceso no deseable (por esa falta de cuidado suyo) carecerá de toda legitimación para reclamar contra el medio sanitario actuante.

18. El estado actual de la responsabilidad profesional médica

El ejercicio de la Medicina ha sufrido una considerable transformación, y su práctica actual no guarda ya más que un lejano parentesco con la de principios de siglo. Dejando a un lado el problema del VIH y hasta la aparición, primero, de la denominada "gripe aviar" y, posteriormente, del virus N1H1, en el período temporal comprendido entre los años 1980 y 2007 se llegó, incluso, a afirmarse que las grandes epidemias habían desaparecido.

Es necesario insistir en que se ha pasado de una medicina descriptiva y contemplativa a una medicina activa y de toma de decisiones. Mientras que tradicionalmente bastaba con observar y esperar, ahora es preciso intervenir lo más rápidamente posible y, en ocasiones, incluso anticiparse a fin de poder actuar antes de que se produzcan los síntomas clásicos y, desde este punto de vista, la Medicina opera más como ciencia preventiva que como curativa.

Las transformaciones que animan la Medicina contemporánea se producen de manera acelerada, las técnicas, igual que los medicamentos, se vuelven obsoletos, superados, en ocasiones, incluso antes de haber sido realmente experimentados y evaluados.

Frente a esta situación fáctica, la posición del médico es complicada[392]. Ciertamente debe estar al día en cuanto a nuevas técnicas y terapias (la obligación de conocimiento a que antes aludíamos). No obstante, la verdadera dificultad para el facultativo estriba en saber distinguir, entre todas las informaciones que recibe, aquellas que representan un verdadero avance científico. Podemos imaginarnos la dificultad añadida que esto supone para el médico generalista que debe poder hacer frente, y en todo momento, en primera línea, a situaciones que atañen al conjunto de la Medicina.

Es preciso continuar defendiendo el dogma de la obligación de medios, y proclamar que la Medicina no siempre puede curar, pero sabiendo al propio tiempo que muchas enfermedades ya resultan curables si se diagnostican a tiempo y se tratan convenientemente.

Al mismo tiempo que la Medicina se transformaba, también evolucionaba la percepción del mundo médico por parte de la sociedad, y la relación médico paciente adaptaba un enfoque

392 M. C GÓMEZ RIVERO. *La imputación de los resultados producidos a largo plazo.* Tirant Monografías. Valencia 1998, págs. 207 y ss.

muy diferente. Mientras que hace sólo treinta años el interés de la sociedad por los temas médicos era muy limitado, hasta el punto de que solo algunos interesado hojeaban, de vez en cuando, alguna enciclopedia médica, hoy en día son numerosísimas las publicaciones sanitarias y es muy frecuente el estudio, en los medios de comunicación social, de temas referentes a la salud.

La población bien informada, incluso en ocasiones sobreinformada, e impregnada de la idea de que la medicina siempre obtiene el resultado esperado, tiene, a veces, tendencia a la exigencia de responsabilidad, incluso cuando ha sido informada debidamente de los riesgos que conlleva cualquier tipo de tratamiento diagnóstico o terapéutico. Por lo que no puede asombrar su actitud exigente y sus esperanzas frustradas ante un determinado tratamiento médico.

Estas dos situaciones, es decir, la dificultad de seguir los rápidos avances médicos y la información sobre la salud, caracterizada por su amplia difusión, contribuyen a hacer más compleja la relación médico paciente y este constituye el origen de muchas reclamaciones.

La información que se proporciona, o no, al paciente y sus allegados, es precisamente la pieza clave en la mayoría de las reclamaciones de responsabilidad médica, y supone además un elemento de capital importancia cuando la reclamación se encuentra ya en fase judicial.

Cuando se examina un expediente judicial buscando las razones que han podido mover al demandante, o denunciante, a entablar el procedimiento contra el profesional de la medicina, a menudo se descubre que el motivo no es más que la necesidad de saber; se trata, en ocasiones, del deseo de conocer el motivo del fallecimiento ocurrido en el curso de una intervención quirúrgica, además que querer saber por qué una prueba aparentemente sin riesgos, ha finalizado con una lesión grave para el paciente, o incluso saber si se pidió opinión a algún otro profesional con más experiencia.

Esto es particularmente frecuente cuando el tratamiento o la intervención se ha producido en la Atención Primaria de Salud, atención básica ésta en la que se aduce por los pacientes, con frecuencia, que la información facilitada es insuficiente. Es sin duda muy difícil anunciar una mala noticia, o reconocer un fracaso, y aún más difícil explicar una complicación grave producida en el curso de una prueba anunciada como sencilla, pero, en cualquier caso,

siempre son preferibles los reproches efectuados ante una explicación sincera de lo ocurrido que la tramitación de un expediente judicial.

En esta función la información es el elemento esencial del consentimiento[393] que, a su vez, es la clave del contrato que se establece entre médico y paciente. El paciente tiene derecho a que le sea claramente explicada la patología que presenta, en términos sencillos. Debe saber cuál es el acto médico al que va a ser sometido, si su objetivo es el diagnostico o la terapia.

Tras haber constituido una situación excepcional hace cincuenta años, hoy en día la responsabilidad médica se ha convertido en un tema muy preocupante en función de la multiplicación del número de reclamaciones, pero también por las consecuencias psicológicas que provocan y que acaban afectando a la relación médico paciente.

Esta relación, que solo puede ser concebida en un clima de recíproca confianza no puede existir cuando el diálogo entre las partes de la misma gira alrededor de la duda, la sospecha o la desconfianza misma[394].

La distancia existente entre lo que esperan los enfermos y los resultados de los tratamientos es fuente de resentimientos y reivindicaciones. El temor que apuntan los profesionales de la sanidad es que todo ello siga el modelo norteamericano, esto es, que siga aumentando el número de reclamaciones puede convertirse en una obsesión y, sin embargo, esta perspectiva pesimista puede ser evitada mediante un esfuerzo pedagógico ante la sociedad, aunque sólo sea para transmitir el mensaje de que, en Medicina, no siempre se consigue un resultado satisfactorio.

La experiencia nos demuestra también que muchos asuntos contenciosos nacen de la ausencia de explicaciones por parte del médico cuando se ha producido una complicación, o cuando la enfermedad evoluciona desfavorablemente. Es cierto que comunicar un fracaso es difícil, pero la posición del médico será aún más delicada si esta eventualidad no se había informado desde el principio.

393 En este sentido se pronuncia el Código Deontológico Médico de 2011, cuando afirma que: "…como regla general la información será la suficiente y necesaria para que el paciente pueda tomar decisiones…" (Artículo 12.1)

394 C. PELLEJERO GARCÍA. *Sistemas de protección para evitar litigios y actuaciones a seguir una vez presentada la reclamación judicial*. Médica 98. Recoletos 1998.

En el plano jurídico, la responsabilidad médica está en una situación intermedia. Hoy en día el debate doctrinal y jurisprudencial gira en torno al concepto del riesgo. La Medicina sin riesgo no existe, y es ingenuo pensar que por multiplicar las medidas de seguridad puede algún día dejar de existir.

Se puede, incluso, temer que una actitud demasiado estricta por parte de la sociedad y los órganos judiciales, a la hora de exigir responsabilidad al médico, tenga como consecuencias el frenar iniciativas que pudieran beneficiar al enfermo o multiplicar las pruebas diagnósticas, de manera absolutamente inútil, con la única finalidad de rodearse de garantías en vista a una futura reclamación.

Indemnizar a un paciente que ha sufrido graves daños como consecuencia de un accidente imprevisible, consecuencia de un acto médico justificado y perfectamente ejecutado, es una posición perfectamente defendible en nombre de la solidaridad, siempre que quede perfectamente clara la circunstancia de la fuerza mayor que produjo dicho accidente. El peligro estaría en el hecho de que se considerara todo accidente como inevitable y que, con esta excusa, se llegaran a encubrir verdaderas negligencias médicas.

CAPÍTULO IV

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Como es sabido, la responsabilidad penal de los médicos es la que dimana de la comisión de un delito o falta y, en virtud de la misma, se busca la imposición de un castigo de índole punitiva, o sanción penal, al sujeto culpable del ilícito, ya sea en condición de autor, cómplice o encubridor.

La responsabilidad penal es el reflejo del estado de sujeción en que se encuentra la persona que ha tomado parte en la ejecución de un ilícito penal frente a la potestad punitiva estatal, y que se traduce en que dicha persona tiene que soportar la aplicación de la pena prevista en el CP por la acción u omisión ilícita penalmente. La responsabilidad penal tiene carácter eminentemente personal; solo es exigible a quien comete un ilícito penal[395].

Vamos a examinar este tipo de responsabilidad, exigida por el vigente Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), con alguna mención a la reforma operada en dicho cuerpo normativo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en vigor desde el 1 de julio de 2015. El Código Penal, es de destacar, que en los últimos quince años, ha sido sometido ya a treinta revisiones incluyendo los cambios de la Ley Penal Juvenil, lo que supone aproximadamente dos reformas penales al año, algunas de ellas muy profundas, aunque no tanto como la actual.

---

395 Sin embargo, mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la cual entró en vigor el 23 de diciembre de 2010 y que recoge las Recomendaciones de la Unión Europea (88) 12, sobre criminalidad económica y (88) 18 sobre la responsabilidad de la empresa, se estableció que la responsabilidad penal de las personas jurídicas únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos previstos expresamente en el Código Penal y, en concreto, los delitos en los que puede incurrir la persona jurídica son, con el carácter de *"numerus clausus"*, los siguientes: trata de seres humanos, prostitución y corrupción de menores, descubrimiento y revelación de secretos, estafa, insolvencia punible, daños, recepción y blanqueo de capitales, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, sobre la ordenación del territorio, contra los recursos naturales y del medio ambiente, relativos a las radiaciones ionizantes, de riesgo por explosivos y otros agentes, cultivo, elaboración o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje, cohecho, tráfico de influencias, corrupción en transacciones comerciales internacionales, organizaciones y grupos criminales, y terrorismo.

Introduce la nueva Ley Orgánica 1/2015 en nuestro sistema penal de la «prisión permanente revisable», la mejora técnica de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mayor protección de la mujer y víctimas de violencia de género, además de otros colectivos, la revisión de la regulación de la suspensión y libertad condicional, como formas de inejecución de la pena privativa de libertad, manifestación del principio básico de la excepcionalidad de la pena de prisión, especialmente en el caso de delincuentes primarios, y la regulación del decomiso, objeto de una importante revisión. Introduce, por otra parte, importantes modificaciones en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, asesinato, secuestro y detenciones ilegales, trata de seres humanos, intromisión en la intimidad de los ciudadanos, delitos contra los sistemas de información, delitos patrimoniales, entre ellos la administración desleal, insolvencias punibles, propiedad intelectual, delitos de corrupción en los negocios, en el ámbito de la Administración pública, incendios forestales, maltrato de animales, delitos relativos al tráfico y falsificación de medicamentos y productos sanitarios, atentados y desórdenes públicos, incitación al odio y a la violencia, entre otros.

Son muchísimas las modificaciones y novedades introducidas por la nueva Ley, si bien, por razones obvias, vamos a limitarnos a mencionar aquellas que tienen relación directa con la exposición de este trabajo.

1. La responsabilidad civil *"ex delicto"* de los médicos del Sistema Nacional de Salud

a) La responsabilidad civil derivada del delito

El artículo 109.1 del CP establece que *"la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito*[396] *obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados".*

396 Esta redacción es la introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. En el texto anterior, al existir la categoría de "faltas" entre las infracciones penales, decía "delitos o faltas". Con carácter general debe advertirse que la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, entró en vigor el pasado 1 de julio de 2015, y ello conlleva grandes modificaciones, entre las que están, la desaparición de las faltas de lesiones al pasar a delitos leves. Otras faltas de menor entidad se reconducen hacia la vía Administrativa o Civil, dejando para el ámbito Penal infracciones merecedoras de reproche suficiente para incluirse como delito, configurándose en su mayoría

En realidad, no todos los hechos delictivos dan lugar a la exigencia de la actividad reparatoria, sino sólo a consecuencias penales, pero existen otros que son a la vez ilícitos penales y civiles. Piénsese en lesiones causadas a numerosas personas a consecuencia de una actuación con leve imprudencia, pero, por el contrario, pueden existir gravísimos hechos desde el punto de vista penal con nulas o escasísimas consecuencias civiles, como puede ocurrir en un delito imperfecto de asesinato.

En nuestro sistema procesal, como se dijo al comienzo de esta parte, la acción civil derivada de delito puede hacerse valer en el mismo proceso penal para obtener la restitución, la reparación del daño, o la indemnización de perjuicios[397] materiales y morales (artículo 110 del CP) u optando por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil (artículo 109.2 del CP), pero en este caso de ejercicio de la acción civil *ex delicto* no podrá ejercitarse hasta que la penal haya sido resuelta en sentencia firme.

El Ministerio Fiscal ha de ejercitar conjuntamente la acción civil con la penal, aunque haya en la causa acusación particular, salvo que el ofendido renunciase expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización (artículo 108 de la LECrim). En cuanto a los perjudicados por un delito, que no hubiesen renunciado a su derecho, podrán ejercitar las acciones civiles y penales que procedan (artículo 110.1 de la LECrim).

Se ha estimado por juristas extranjeros[398] la ventaja que supone nuestro sistema procesal penal con esta acumulación de ambas acciones, penal y civil, en el mismo procedimiento,

como leves, y la repercusión en sus penas que pasan a ser de multa.
La imprudencia leve con el nuevo Código pasa a la jurisdicción Civil, y las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve también. Sólo serán delito el homicidio y lesiones graves por imprudencia grave, así como delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que se catalogarán como delitos leves (artículos 142.2 y 152.2 del Código Penal).
Con el nuevo Código se modula la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, permitiendo reconocer supuestos de imprudencia leve. El principio de intervención mínima penal determinará que sólo se contemplen supuestos graves de imprudencia, remitiendo otro tipo de conductas culposas a la vía Civil por responsabilidad extracontractual de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

397 Precisándose la prueba fehaciente del perjuicio, no bastando su simple alegación. STS 2ª de 5 de febrero de 2007.

398 Cfr., por ejemplo, *la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, aprobada por la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que la contiene como Anexo. En éste, y concretamente en el apartado 9. se señala: "Les gouvernements doivent réexaminer leurs pratiques, règlements et lois pour faire de la restitution une sentence possible dans les affaires pénales, s'ajoutant aux autres (*sic*) sanctions pénales". Existe una cierta tendencia a la difusión del modelo. Una caracterización general en H.J. *Schneider*, *La posición general de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal*, en Criminología y Derecho penal al servicio de la persona.

lo que no se produce en otros ordenamientos jurídicos y facilita la más pronta reparación al perjudicado. Aunque ha estado en la mira de algunos trabajos preparatorios del texto penal su supresión, afortunadamente esto no ha ocurrido.

b) Extensión de la responsabilidad civil *"ex delicto"*

Esta responsabilidad comprende, según el artículo 110 del CP, los siguientes extremos:

- La restitución.
- La reparación del daño.
- La indemnización de perjuicios materiales y morales.

Antes de entrar en el examen individualizado de cada uno de estos extremos conviene decir que el orden establecido por la ley es preferencial y excluyente.

Asimismo, el contorno de la responsabilidad civil, es decir, sus límites vienen establecidos por el daño efectivo causado por el delito mismo, hasta el punto de que, pese a la declaración genérica del artículo 110 del CP, para que pueda establecerse la correspondiente responsabilidad civil procedente de infracción penal, es absolutamente indispensable que se pruebe que el daño y perjuicio existieron y que fueron consecuencia directa del delito o falta y, por consiguiente, que puede haber y hay delitos que no llevan siquiera aparejada responsabilidad civil (por ejemplo la tenencia ilícita de armas).

Por tanto, la reparación y la indemnización de perjuicios, de acuerdo con lo dispuesto en el CP y la doctrina acabada de exponer, habrán de ser establecidas si guardan relación directa con el delito, siempre además que los daños y perjuicios que representen consecuencias dudosas, supuestos posibles pero inseguros, meros cálculos, hipótesis o suposiciones en suma, es decir beneficios, daños o perjuicios en los que concurra la esencial nota de certidumbre.[399]

Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, San Sebastián 1989, pp. 379 y ss.

399 STS2ª de 9 de octubre de 1990.

Por lo que se refiere a la restitución, esta medida pretende volver al estado de las cosas anterior a la infracción. Señala el CP que:

"Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien[400]*, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen"* (artículo 111 del CP).

Esta restitución procede aunque la cosa se encuentre en poder de un tercero que la haya adquirido legalmente y de buena fe, sin perjuicio de su derecho de repetición y del derecho a ser indemnizado por el responsable civil del delito[401]. Pero cuando el tercero la haya adquirido en la forma y con los requisitos para hacer irreivindicable su adquisición, en tal supuesto no puede tener lugar la restitución y deberá ser sustituida por la reparación del daño y la indemnización de perjuicios.

Debe señalarse al respecto que, aunque la mejor doctrina entiende que la restitución es el ejercicio de la acción reivindicatoria dentro del proceso penal, no faltan sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que admiten que la restitución puede ser de cantidades pecuniarias, es decir, de dinero o de numerario[402].

En lo que respecta a la reparación del daño, tendrá que realizarse valorándose la entidad de éste, tomándose en cuenta no sólo su entidad, sino otros factores como el precio de la cosa y el de su afección.

El CP recoge en su artículo 112 que *"la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas o pueden ser ejecutadas a su costa".*

---

400 STS2ª de 22 de octubre de 2002. "… El Código Penal derogado, en su art. 102 condicionaba la «restitución» a que pudiera versar «sobre la misma cosa». El Código de 1995, en el art. 111, significativamente, sustituye el término «cosa» por el de «bien», con una apertura significativa del concepto, que ahora, en principio, puede incluir también al dinero… la restitución es prioritaria a la indemnización., pero esto sólo es cierto en un sentido, a saber, que existiendo la cosa de que el perjudicado hubiera sido desposeído, es imperativa la devolución de la misma, por lo que dispone el art. 110 Código Penal. Pero fuera de este supuesto el derecho de cualquier perjudicado favorecido por una sentencia condenatoria se concreta a recibir una suma de dinero.

401 En el texto anterior a la Ley Orgánica 1/2015, al existir la categoría de "faltas" entre las infracciones penales, decía "responsable civil del delito o falta".

402 SSTS2ª de 28 de febrero de 1959, 30 de septiembre de 1964 y 15 de octubre de 1968.

Este precepto penal ha sido interpretado profusamente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, Sala Segunda, que ha establecido los siguientes criterios:

- El concepto de reparación como contenido específico de la responsabilidad civil *ex delicto*, resulta en la redacción de este precepto mucho más preciso que en el derogado artículo 103 del CP de 1973. En todo caso el empleo del tiempo verbal potencial "podrá" parece indicar que se deja en libertad a Jueces y Tribunales para que fijen en cada caso el contenido de la reparación.
- Parece como si el Legislador hubiere pretendido ampliar el espectro normativo no refiriéndolo exclusivamente a aquellas infracciones delictivas que proyectan sus efectos sobre una cosa (STS2ª de 13 de febrero de 1992).
- Como tal posibilidad, el vigente CP integra el concepto de reparación con una referencia a la obligación civil, bien de dar, de hacer o de no hacer.
- La extensión de la reparación deberá ir referida a la naturaleza ("entidad", decía el CP anterior) del daño causado y a las condiciones personales y patrimoniales del responsable civil (erróneamente se habla de culpable). Asimismo, Jueces y Tribunales deberán decidir si la reparación concebida obligacionalmente ha de ser cumplida por el responsable civil o puede ejecutarse a su costa (artículos 1096 y 1098 del CC).[403]
- Como referencias para fijar la reparación han desaparecido en el vigente CP elementos como el precio de la cosa y el de afección del agraviado. Sin embargo, nada impide a Jueces y Tribunales apreciar estos elementos u otros, habida cuenta del carácter facultativo y potencial del texto de este precepto. De igual manera, y en lo que no se oponga a la naturaleza *ex delicto* de la responsabilidad civil, hay que entender subsistente la regulación que el Código Civil hace de esta materia.

En fin, en lo atinente a la indemnización de perjuicios materiales y morales es de señalar que, por perjuicio habrá que entender todo mal derivado del delito que no constituya daño.

Señala el artículo 113 del CP que *"la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros[404]"*.

403 STS2ª de 26 de mayo de 2010.

404 STS2ª de 18 de octubre de 2011. Indemnización por pérdida y deterioro de efectos personales a personas residentes en acuartelamiento de la Guardia Civil en atentado terrorista.

En la actual regulación de esta materia se ha suprimido el segundo párrafo del anterior CP, que equiparaba la manera de regular la indemnización con la de la reparación. Podría pensarse que el Legislador no desea, razonablemente, en el vigente CP, equiparar reparación con indemnización, habida cuenta de su diferente naturaleza y alcance.

Sin embargo, y aunque la anterior reflexión se nos antoja plausible, no puede tampoco ignorarse que el Legislador, a diferencia de la reparación, no indica a Jueces y Tribunales método alguno para fijar la indemnización, por lo que aquéllos podrán recurrir a los medios que estimen pertinentes y que, naturalmente, cumplan con la naturaleza de la indemnización.

En este punto, nada impediría la aplicación analógica a las indemnizaciones por daños y perjuicios de naturaleza sanitaria, de los baremos establecidos en el Anexo de la LOSP.

c) La responsabilidad civil directa[405]

Nos hemos ocupado hasta ahora tan sólo a la responsabilidad civil directa, o sea a la exigible al mismo responsable del delito. A ella se refiere también el artículo 116.1 del CP, al decir que:

"Toda persona criminalmente responsable de un delito[406] lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito, los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno".

Esto se debe entender para la responsabilidad homogénea, porque el CP señala también que *"los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables".*

Añade que la responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Por último, *"tanto en los casos en que se haga efectiva la*

405 Según declaró la STS2ª de 24 de febrero de 2003, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 117 del CP y 73 y76 de la LCS, la responsabilidad de las compañías aseguradoras tiene carácter directo y no subsidiario, con relación a los autores del hecho delictivo, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

406 También aquí se ha suprimido, por la reforma del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015, la categoría de las faltas.

responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno".

La jurisprudencia ha precisado sobre la naturaleza de esta responsabilidad, que el respeto debido a la Jurisdicción Civil no se mengua ni desconoce porque en la esfera penal pueda ser obligado llegar a declaraciones de aquélla, porque siendo el delito su fundamental objetivo, su reconocimiento y sanción no quedarían debidamente satisfechas, si no alcanzaran a todos sus efectos, entre los que pueden figurar la existencia de daños, de cosas desposeídas y de perjuicios ocasionados, que siendo fuente de responsabilidad civil, derivada de infracción criminal, recaba para sí su estimación y condena, para ser impuesta con absoluta subordinación a la resolución que penalmente proceda y, de otra, la declaración contenida en el artículo 116 del CP, que establece un principio de carácter general[407].

La declaración de responsabilidad civil no es accesoria de la pena impuesta, sino que responde al interés privado y ha de ser objeto de rogación expresa para que pueda ser atendida, pudiendo serlo separadamente y aun satisfecha o renunciada con independencia, sin que pueda hacerse cuando no se ejercite en la instancia, junto con la penal.

Asimismo, la libertad de los Jueces y Tribunales para fijar las cuantías indemnizatorias viene sometida a los límites marcados por las acusaciones cuando ejercitan la acción civil y, en la determinación de efectos compensativos son de tener en cuenta, además, los requisitos del artículo 1196 del CC los elementos cualitativos de la culpa y los cuantitativos, ya que el criterio exonerativo de la obligación civil derivada del delito por existencia de culpas recíprocas o intercurrentes, ha pasado al criterio estimativo proporcional en atención a la intensidad de la negligencia y a la magnitud de los daños y perjuicios.

Los titulares del derecho a repercusión o indemnización de daños y perjuicios no son los herederos, sino los perjudicados que resulten tales por sufrir directamente perjuicios materiales o morales, debiendo ser designados nominalmente, habiendo de ser indemnizados en función directa de perjuicios ciertos y determinados.

Resulta evidente la consecuencia de que la responsabilidad ha de venir referida a un mismo hecho delictivo, con la consiguiente inadmisibilidad de la solución contraria, cuál sería la de

407 STS2ª de 10 de febrero de 1955.

condenar a una cuota de responsabilidad civil por una infracción en la que no se ha tomado parte.

d) La responsabilidad civil en los supuestos de exención de la responsabilidad penal

La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º,3º,5º y 6º del artículo 20 CP (referidos, respectivamente, al que en el tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, asimismo el trastorno mental transitorio no provocado con el propósito de cometer el delito, ni previsto ni debido prever su comisión: intoxicación plena como consecuencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión; el que por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad; el estado de necesidad y el miedo insuperable), no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a unas reglas que dicta el CC. Así, respecto a los números 1º y 3º del citado artículo 29, son responsables quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado. En el estado de necesidad las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuere estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio. Esto no tiene lugar cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

En el supuesto del miedo insuperable, responderán principalmente los que hayan causado el miedo y, en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

Finalmente, en los supuestos de error invencible, los autores del hecho.

i. Participación a título lucrativo

Señala el artículo 122 del CP que *"el que por título lucrativo hubiese participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación*[408]*"*.

Para su aplicación se requiere que uno o varios sujetos hayan conseguido un lucro derivado de una previa comisión delictiva, de la que no sean responsables ni como autores ni como cómplices. Se extiende a los receptadores de los artículos 298 y siguientes CP, al encubridor del artículo 451. 2 CP y los casos de aprovechamiento lucrativo de los que ignoran la infracción penal.

ii. La responsabilidad civil subsidiaria

Hemos visto que el responsable criminal en los delitos que producen daño reparable lo es también civilmente, pero existen supuestos de personas físicas o jurídicas que son declarados civilmente responsables no siéndolo criminalmente. Los responsables civiles subsidiarios tienen por misión suplir la insolvencia de los responsables criminalmente.

Señala al efecto el artículo 120 del CP que:

"Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

408 STS2ª de 15 de julio de 2011. Cualquiera que hubiera participado de los frutos del delito y por cualquier beneficio que hubiere obtenido. Se condenó por delitos de estafa y falsedad en documento oficial y la condena económica se fijó hasta abarcar las costas causadas por interposición de juicio de retracto, como consecuencia de venta de vivienda de protección oficial con la maniobra engañosa de aportar documento falso que certificaba que la entidad pública no iba a ejercer derechos de tanteo y retracto.

3. Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos[409] cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4. Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

En virtud de este precepto, se declara la responsabilidad civil subsidiaria del particular o sociedad dedicado a una actividad sanitaria por los delitos y faltas cometidos por cirujanos, médicos y auxiliares en el desempeño de su cometido[410].

Pero nos interesa ocuparnos ahora de la responsabilidad civil subsidiaria en el Sistema Nacional de Salud, por su mayor extensión en el terreno sanitario. Establece el artículo 121 del CP al efecto que:

" El Estado, la Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario".

409 Mención a la categoría de las faltas suprimida, por la reforma del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015.

410 C. GRANADOS PÉREZ. *Responsabilidad civil ex delicto.* Ed. La Ley. 2010, págs. 1 y ss.

Este precepto dejaba sin directa cobertura dentro del proceso penal a los perjudicados por el acto médico o quirúrgico al servicio de la Administración estatal, autonómica o local en los casos en que la responsabilidad del personal sanitario, por su carácter leve, se enjuiciara como falta (categoría existente hasta la reforma de la Ley Orgánica 1/2015) por ejemplo, homicidio o lesiones dolosas cometidas por imprudencia leve. El precepto sólo habla de "delitos dolosos o culposos", cuando en los artículos colindantes o próximos se refiere a delito y/o falta.

En el caso de que se tratase, entonces, de una falta, dolosa o culposa, era el facultativo el que tenía que hacer frente por solitario al abono indemnizatorio[411].

La STS2ª de 26 de septiembre de 1997, a propósito del tema "de la colza", señala en su Fundamento Jurídico Tercero que *"en un primer aspecto de la cuestión, hemos de decir lo siguiente:1º.-Es cierto que el mencionado artículo 121, referido a la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos (autonómicos, locales, etc.) sólo habla literalmente de los "delitos" dolosos o culposos, pareciendo excluir por ello a las simples faltas, a diferencia de lo que ocurre con los demás preceptos circundantes que al tratar de esa responsabilidad civil, tanto directa como subsidiaria, sí se especifica que la misma surge tanto de los delitos como de las faltas. Sin embargo, y como indica la reciente sentencia de este Tribunal de 11 de enero de este último año, el silencio que se observa en el artículo 121 sobre las faltas "no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves...(pues el vocablo delito) ha*

411 La STS2ª 11 de enero de 1997, declara, en su fundamentación jurídica lo siguiente: "el precepto corona los zigzagueantes trabajos prelegislativos desde el Proyecto de 1980. Los artículos 21 y 22 del Código Penal de 1944 – sin cambios en el texto de 1973 – se refirieron explícitamente tanto a los delitos como a las faltas, pero el Proyecto de 1980 lo hizo en su artículo 118 sólo a los delitos, llegándose más tarde a señalar en el artículo 105 del Borrador de 1990 que "la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta origina la obligación de reparar los daños y perjuicios por él causados en los términos previstos en el Código Civil", formulación ésta que se aparta de nuestros antecedentes históricos. Algún tiempo después, el artículo 121 del Código volvió a aproximarse, aunque con algunas modificaciones procesales, a nuestra línea tradicional y ratificó la mención de los delitos y faltas, tal y como sucedió también en el artículo 122 del Proyecto de ese mismo año. Con el artículo 119 del Anteproyecto de 1994 se cerró el semicírculo del regreso al criterio de exigencia generalizada de la responsabilidad civil subsidiaria en el proceso penal, y se conservó la referencia expresa a los delitos y faltas... Ocurre, no obstante que el silencio de este artículo 121.1 sobre las faltas no implica necesariamente su exclusión a efectos de la responsabilidad civil subsidiaria por tales infracciones criminales leves. El nuevo Código, al igual que los anteriores, ofrece numerosas muestras de utilización del vocablo "delito" como sinónimo de infracción criminal... En igual dirección cabe aducir el argumento de que, si ahora se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con mayor razón deben incluirse también – desde la perspectiva de la responsabilidad civil subsidiaria – las faltas dolosas que pueden ocasionar mayores daños y perjuicios... no se está en presencia de disposiciones penales (aunque se ubiquen en el Código Penal), sino de un artículo de naturaleza civil, lo que permite una interpretación extensiva, conforme a la línea seguida por el Tribunal Supremo para objetivar al máximo esa misma responsabilidad civil subsidiaria en el marco del artículo 22 del Código Penal de 1973. No sería, por tanto, incorrecta la exégesis favorable al entendimiento amplio del vocablo "delito" en el artículo 121 del Código de 1995".

de entenderse como sinónimo de infracción criminal, y así lo considera el mismo Código vigente en otros varios de sus preceptos, entre los que cabe señalar, por vía de ejemplo, los números 4º y 5º del artículo 130, en relación con el 639, y los artículos 80.4 y 86 . 2º.- Se podría contraargumentar que esta interpretación del precepto, aunque lógica, tiene carácter extensivo, no sujeto a la propia literalidad o concreción como exige su hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta, como después tendremos ocasión de repetir, que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por la tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el Código Penal, su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan (y deban) interpretarse, bien extensivamente, bien por analogía, no ciñéndose al estrecho margen interpretativo que necesariamente se impone cuando se trata de normas puramente penales[412]*. O lo que es lo mismo, y según antes hemos dicho, la palabra "delito" que empleó el artículo 121 hay que entenderla en el sentido de "infracción penal", comprensiva tanto de los delitos "strictu – sensu" como de las faltas".*

Vuelve a reiterar esta doctrina el Fundamento de Derecho Cuarto de la STS2ª de 24 de octubre de 1997, reiterando los anteriores argumentos de la Sentencia ya transcrita y, por consiguiente, no parece que existan razones con arreglo a dicha doctrina jurisprudencial para la preocupación de los facultativos que prestan sus servicios en la Sanidad Pública, por la responsabilidad civil derivada de las infracciones penales en que puedan incurrir como consecuencia de su actuación ya que, conforme a la misma, el Estado y los entes públicos ,que el precepto penal enumera, responden como subsidiarios responsables no sólo por delito, sino por falta.

Desde el punto de vista procesal, los procedimientos utilizados mayoritariamente en el enjuiciamiento de la responsabilidad penal de los profesionales sanitarios son, como apuntan González Pernía e Hidalgo Carballal[413], el Procedimiento Abreviado y el Juicio de Faltas. El primero de ellos para delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve

412 STS2ª de 25 de febrero de 2011. Sobre esta difícil interpretación en el caso de un interno que se fuga y comete un delito, seis meses después "…sólo cabría dilucidar esa responsabilidad de la Administración Penitenciaria dentro del proceso penal cuando se acreditaran evidentes y palmarios descuidos por parte de la Administración, al poner en marcha las previsiones reglamentarias para detectar una posibilidad de fuga... la responsabilidad civil del Estado sólo procedería por tanto declararla en el ámbito penal en los casos extraordinarios en que concurriera una negligencia patente y palmaria por parte de los funcionarios con posterioridad al quebrantamiento de la condena por parte del penado, por no tomarse medidas elementales para su reintegro al Centro.

413 J. GONZÁLEZ PERNÍA Y A. HIDALGO CARBALLAL *Responsabilidad penal sanitaria en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 102.

años y el segundo, para infracciones de menor gravedad, con una única fase en la que se instruye y se falla.

2. Tipos delictivos aplicables a los médicos en el Código Penal

Antes de examinar las conductas objeto de reproche penal es imprescindible una mención, ya apuntada con anterioridad, acerca de la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 10 del Código Penal, en el sentido de suprimir, entre las conductas mencionadas las faltas, mencionando, de este modo, en el artículo 13 los *delitos leves*, en lugar de las faltas.

Se elimina el libro dedicado a las faltas, que pasan a ser consideradas delitos leves o sanciones administrativas. A diferencia de muchos delitos, estos ilícitos de escasa gravedad se resuelven ágilmente en juicios de faltas y hasta ahora no han conllevado penas de prisión ni han dejado antecedentes penales.

a) Violación del secreto profesional

El secreto profesional ha estado desde siempre tan unido a la actividad médica; por ello, se puede afirmar que el secreto médico constituye una de las más antiguas instituciones de la sociedad occidental.

Tal secreto médico ha evolucionado con el transcurso de la historia; durante mucho tiempo, fue más bien una obligación moral, para trocarse después en una regla de Derecho.

Pese a ello, nuestra legislación penal, si se deja aparte el CP de 1822, de nula o escasa aplicación, y la breve vigencia del Texto de 1928, tan sólo el de 1948, mantuvo la tutela penal del secreto profesional, por lo que bien puede afirmarse,

que en 174 años de codificación penal, poco más del 13% de este período ha gozado de protección punitiva del secreto médico.

El CP dispone[414] :

"1.- El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio, o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a once meses.

2.- El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".[415]

La acción tipificada, cuya realización da lugar al ilícito penal, consiste en divulgar los secretos de otra persona, pero tal conducta se restringe en el mismo precepto al señalar que tal divulgación lo ha de ser *"con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva".* La información divulgada ha de tener importancia relevante para el sujeto o sujetos a quienes se refiere, como cuando va referida a los datos de cotización de trabajadores y empresas, que se transmiten

414 En su artículo 199.

415 La STS2ª de cuatro de abril de dos mil uno, sobre revelación de secretos por parte de profesional sanitario declara que "el hecho probado es subsumible en el art. 199.2 del Código Penal. Este delito protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas.
Se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada. La acción consiste en divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo, tal obligación viene impuesta por el ordenamiento, Ley General de Sanidad 14/86, de 25 de abril, cuyo artículo 10.3 establece que los ciudadanos tienen derecho - a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias - y concurrente en el historial clínico-sanitario, en el que deben "quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica" (art. 6.1). En este sentido, la STC 37/89.
La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana".

a terceros, precisamente por empleados de la Seguridad Social cuya misión es preservar esa información. Así el caso analizado en una interesante sentencia[416] en la que se declara, respecto del acusado, que: "…*La autorización que tenía por razón del servicio sólo abarcaba la actuación que le correspondía en el desempeño de las funciones que tenía encomendadas, y no los accesos que hiciera al margen de éstas. Una cosa es que en su condición de funcionario de la Tesorería de la Seguridad Social estuviera autorizado para acceder a determinadas bases, y otra es que esa autorización ampare el acceso a tales bases al margen de cualquier expediente o actuación oficial…"* El acusado no sólo accedió a los datos, sino que a esa conducta se añadieron otros motivos de reproche penal, cuando recoge la sentencia que: "… actuó conscientemente en perjuicio de los titulares de los datos que, no solo obtuvo ilegalmente, sino que transmitió a terceros".

Conforme a dicha tipificación, el sujeto activo de la infracción penal descrita es el "profesional" y no cabe duda que tal categoría alcanza tanto al médico como a los demás profesionales sanitarios[417].

El secreto médico, en la medicina en equipo, suele, pues, ser compartido por diversos facultativos, por el Médico Interno Residente, por los profesionales de la enfermería y de la propia Dirección del Centro.

El secreto comunicado al médico, o descubierto por éste en su actuación profesional, ha de serlo en razón de su condición sanitaria, no en su condición de amistad con el paciente[418].

La divulgación supone la publicación, la extensión de algo que era secreto, conocido por muy pocas personas, que se saca de tal reserva y se propaga. Secreto es lo que cuidadosamente se tiene por reservado y oculto[419]. Pero la extensión y amplificación de lo no reservado, de lo que en definitiva es público, no constituye violación del secreto médico y, en general profesional.

416 STS 2ª de 17 de junio de 2014.

417 Descritos en los artículos 6 y 7 de la LOPS.

418 J. M ÁLVAREZ – CIENFUEGOS SUÁREZ. *La defensa de la intimidad de los ciudadanos y la tecnología informática.* Colección Divulgación Jurídica. Editorial Aranzadi. Pamplona 1999, págs. 13 y ss...

419 Corresponde con el ámbito restringido de la intimidad personal. STS2ª de 14 de octubre de 2011 que condenó al acusado por tres delitos contra la intimidad personal consistentes en obtener filmaciones del cuerpo desnudo de mujeres a las que exploraba en su consulta médica sin conocimiento y por tanto sin consentimiento de aquellas.

La necesidad de recurrir a los servicios del médico, porque el particular no los puede alcanzar por sí mismo, así como el depósito de confianza que se pone en el profesional, determina como lógica consecuencia el deber de sigilo en éste.

Dicho secreto se vulnera con la comunicación a tercero sin justificación para ello. Pero no se produce el incumplimiento de tal deber cuando el propio interesado autoriza su divulgación.

Es ridícula la tesis que pretende sacralizar el secreto médico con independencia de la voluntad del afectado. No cabe duda que este deber de sigilo está condicionado a la existencia de un secreto, de algo que se desea reservado y oculto, por lo que cuando cesa tal deber de observación, cesa la razón de tal deber.

Otra causa que exonera de la conservación del secreto[420] es la obligación de denunciar contemplada en la LECrim que, específicamente se refiere al profesor de medicina, cirugía y farmacia, cuando los hechos tuvieran relación con sus actividades[421].

Asimismo, constituye causa de exclusión de la responsabilidad criminal en este tipo delictivo el estado de necesidad, relativo a tener que dar parte de una enfermedad infecciosa del paciente. En este caso el médico, no solo puede sino que debe, poner en conocimiento determinados datos relativos a la salud del paciente a los profesionales auxiliares del médico[422].

420 En el Código de Deontología Médica de 2011 se recogen diversos supuestos en los cuales el médico podrá romper su habitual obligación de secreto (Artículo 30 del mismo).

421 Conforme dispone el artículo 262 de la LECrim, los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante. Los que no cumpliesen esta obligación incurrirán en la multa señalada en el artículo 259, que se impondrá disciplinariamente. Si la omisión en dar parte fuere de un profesor de Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas ni superior a 250. Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo. Lo dispuesto en este artículo se entiende cuando la omisión no produjere responsabilidad con arreglo a las leyes.

422 Así lo dispone expresamente la LAP que, en su artículo 16, relativo a los usos de la historia clínica, establece que "la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia", imponiendo el artículo 2. 7 de la misma que "la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida".

Los estudiantes en prácticas no pueden ser incardinados en la autoría propia de los sujetos de la infracción, porque el delito que nos ocupa constituye un delito especial y la revelación realizada por el alumno se tendrá que castigar por el precepto contenido en el artículo 199.1 CP (*"el que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales"*).

No todos los médicos tienen la misma función receptora de secreto, figurando en cabeza los Psiquiatras, porque el enfermo que acude a su consulta está absolutamente convencido de que cuanto relate se guardará bajo un invulnerable secreto profesional, y porque reciben, dada la especialidad, muchas más y personales confidencias que los demás médicos; a ellos les siguen los Ginecólogos que, por razón de la especialidad que desempeñan, tienen la posibilidad de recibir mayor cantidad de intimidades.

No obstante, dentro del propio secreto médico debe contemplarse la realidad sanitaria actual, que no se refiere ya, por lo general, a la simple y bilateral relación médico paciente, sino que constata una actuación de pluralidad de personas, médicos, especialistas, ayudantes técnico sanitarios, y hasta administrativos del centro asistencial, que podrían tener acceso al historial clínico del paciente[423].

Asimismo, puede citarse el interés científico como otra causa de exclusión de la antijuricidad y cuando, la comunicación se realice ocultando el nombre y circunstancias identificadoras de la persona.

El delito que estamos tratando sólo puede cometerse de forma dolosa o intencionada, esto es, cuando se tiene conocimiento y voluntad de divulgar el secreto. No se castiga penalmente la comisión culposa o imprudente.

La penalidad asignada al delito contempla tres acciones:

i. Privativa de libertad (Prisión de uno a cuatro años).

423 Es necesario que sea así, para que la historia alcance su utilidad, eso sí sin que pueda suponer un quebranto de la confidencialidad debida. Así el código Deontológico Médico de 2011, en su artículo 19:"…Es conforme a la Deontología Médica el uso del contenido de la historia clínica para su análisis…y con fines docentes y de investigación, siempre que se respete rigurosamente la confidencialidad de los pacientes…".

ii. Sanción pecuniaria (multa de doce a veinticuatro meses)

iii. Inhabilitación especial (de dos a seis años).

Esta última, de las tres sanciones señaladas en la Ley, es la más grave para el personal sanitario – si se aplica la suspensión de la pena privativa de libertad, que es lo normal, pues en otro caso el cumplimiento de la pena privativa de libertad impediría el ejercicio de la profesión – ya que como mínimo se han de imponer dos años, lo que determina la pérdida de ingresos profesionales durante dicho tiempo.

La penalidad en su conjunto parece excesiva y en notable contraste con la benevolencia en que, en semejante caso, se trata al funcionario. Así, *"a la autoridad o funcionario que revelare secretos o informaciones de los que tengan conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados"*, cuando se trate de secretos en particular, se le imponen penas de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años[424].

Este delito tiene carácter semipúblico, que requiere para su persecución denuncia de la persona agraviada, o de su representante legal, si bien cuando aquélla fuera menor, incapaz

424 La sentencia 574/2001, de 4 de abril STS2ª, condena a un facultativo cuya indiscreción produjo la vulneración del secreto profesional, declarando su Fundamento Jurídico Primero lo siguiente: El relato fáctico declara, en síntesis, que la acusada, médico residente en el Hospital dependiente de la Diputación provincial de Valencia, fue requerida para prestar sus servicios profesionales para prestar asistencia neurológica una persona a la que reconoció por proceder ambas de una pequeña localidad. Al examinar su historial clínico advirtió, "como antecedente quirúrgico la existencia de dos interrupciones legales del embarazo, circunstancia ésta que fue manifestada a su madre la que a la primera ocasión en el pueblo lo comunicó a la hermana…". El motivo se estima. El hecho probado es subsumible en el art. 199.2 del CP. Este delito protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas. Se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada. La acción consiste en divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo, tal obligación viene impuesta por el ordenamiento, LGS, cuyo artículo 10.3 establece que los ciudadanos tienen derecho "a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias" y concurrente en el historial clínico-sanitario, en el que deben "quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica" (art. 6.1). En este sentido, la STCo 37/89. La acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento. Por secreto ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que es sólo conocido por su titular o por quien él determine. Para diferenciar la conducta típica de la mera indiscreción es necesario que lo comunicado afecte a la esfera de la intimidad que el titular quiere defender. Por ello se ha tratado de reducir el contenido del secreto a aquellos extremos afectantes a la intimidad que tengan cierta relevancia jurídica, relevancia que, sin duda, alcanza el hecho comunicado pues lesiona la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de vida humana.

o desvalida, podrá denunciar el Ministerio Fiscal[425]. Tan sólo se excluye de la obligatoriedad de denunciar cuando la comisión del delito afecte a intereses generales, o a una pluralidad de personas.

En relación, específicamente, con el secreto médico, existen cuestiones complejas, tales como el acceso a la historia clínica del paciente, sobre todo en el ámbito hospitalario, su información y su custodia, no sólo por el personal sanitario, sino inclusive por los propios funcionarios, o empleados administrativos que trabajen en el centro médico[426].

Los problemas se agudizan, aún más, por la ligereza con la que se demandan y solicitan tales historias clínicas por profesionales del Derecho.

Tal gravedad se agudiza en algunas especialidades médicas, como la Ginecología y la Psiquiatría. Lo que resulta de todo punto intolerable es que la historia clínica, con tantas intimidades, con tal carga de subjetividad y privacidad sea accesible a todo el personal, propio o externo, de la Oficina Judicial[427].

Cuestión especial, de notoria relevancia, es la del acceso a la historia clínica por los familiares del paciente fallecido, regulado en el artículo 18, apartado 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente, que recoge que: : "*los centros sanitarios y facultativos de ejercicio individual solo facilitaran el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros."* Es reconocido este derecho de acceso de forma

425 STS2ª de 12 de julio de 2011. Intervención del Ministerio Fiscal en un caso de agresión sexual a un menor y filmación de la misma con un teléfono móvil, con su posterior difusión.

426 La no localización de la historia motiva condena judicial. STS1ª de 2 de diciembre de 1996. Recoge esta Sentencia dos consideraciones, que llevan al pronunciamiento condenatorio. La presunción desfavorable que generó el desenlace desproporcionado, en relación con el origen (una hemorragia post-parto) y la actitud esquiva de los protagonistas responsables a esclarecer el asunto, por un lado; y la dificultad de precisar hechos y circunstancias, debido a la carencia de una historia clínica que contuviera detalladamente el decurso de los acontecimientos y la asistencia recibida, por otro.

427 Cfr. CRIADO DEL RÍO, M.ª. T. y SEOANE PRADO, J., *«Aspectos Médico-Legales de la Historia Clínica»,* Ed. Colex, Madrid, 1999, págs. 294-330.

indubitada por reiterada jurisprudencia, conectándose, en algún caso[428], este derecho con la obligada tutela de la Agencia Española de Protección de Datos, cuando esta protección se desdibuja por el referido órgano y es duramente criticada esta conducta por el tribunal sentenciador que conoció del asunto: "…*procede declarar, conforme a los razonamientos hasta aquí efectuados es que la AEPD, al declinar su competencia para inspeccionar y sancionar las obligaciones de conservación de la documentación que corresponden al Hospital…, en favor de las autoridades sanitarias correspondientes (de conformidad con la Disposición Adicional Sexta de la LAP), en realidad esta denegando la tutela solicitada por la reclamante, y dejando vacío de contenido el derecho de acceso ejercitado por la misma… llevan a esta Sala a considerar que la tutela solicitada por la Sra.… no ha sido garantizada por la AEPD en la resolución combatida.* Tras diversas exposiciones fácticas y argumentaciones jurídicas contienen la sentencia un sólido pronunciamiento en el fallo, recordando a la Agencia la dejación de funciones en que había incurrido: "…*revocamos dicha resolución, para que la AEPD dicte otra en la que, concediendo a la actora la tutela de derechos pretendida, acuerde requerir al Hospital… a fin de que le haga entrega de la totalidad de la historia clínica de su madre, en los términos expuestos en los fundamentos de derecho que anteceden…"*

b) Omisión del deber de socorro, específicamente sanitario

Dicho tipo delictivo aparece tipificado en el artículo 196 del CP, el cual dispone:

"El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente, en su mitad superior, y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años".

Es un delito intencional que define y sanciona dos conductas: denegar asistencia sanitaria, lo cual presupone la existencia de un previo requerimiento que no es preciso que proceda de un superior jerárquico al facultativo [429] o abandono de los servicios sanitarios, siempre que, en

428 Sentencia de la Audiencia Nacional, Contencioso Administrativo, de 6 de noviembre de 2013.

429 STS2ª de 24 de septiembre de 1990.

ambos casos, se derive riesgo para la salud de las personas. El elemento cognoscitivo del dolo debe abarcar el riesgo[430].

El CP dedica un Título a la regulación de la omisión del deber de socorro, integrado por dos artículos. El segundo artículo (196) es el que constituye la auténtica novedad, describiendo el nuevo delito de omisión del deber de socorro específicamente sanitario, sin precedente en el CP de 1973.

Se trata, como se puede observar, de un delito especial, por cuanto sólo puede ser cometido por un profesional de la sanidad, y se trata además de una modalidad agravada del tipo básico contenido en el artículo 195, y que comete el que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de terceros. Cuando la omisión del deber de socorro es específicamente sanitaria, las penas son superiores, ya que se imponen en su mitad superior y, además, se añade la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años.

Cierta afinidad con este delito presenta el artículo 512 del CP, que castiga a los que en el ejercicio de sus actividades profesionales denieguen a una persona una prestación a la que tenga derecho, por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

Dentro de la clasificación de las infracciones penales en delitos de acción en sentido estricto, (en los que la conducta castigada consiste en hacer algo, en un movimiento corporal que infringe una ley prohibitiva), cabe distinguir entre delitos de omisión pura (en los que se castiga un no hacer, con lo que se infringe una ley preceptiva que obliga a hacer algo) y delitos de comisión por omisión (en los que se combinan los dos anteriores, pues se castigan un no hacer, que infringe una ley preceptiva que requiere una conducta, pero a través de esta omisión se produce un resultado prohibido por la ley).

430 En la STS2ª de 9 de diciembre de 1981 se estimó que cometía el delito de omisión de socorro un médico ginecólogo de guardia que, avisado del inminente parto de una mujer en su domicilio, se negó a desplazarse alegando el servicio de urgencias que prestaba, sin solicitar que fuera traída la parturienta al hospital.

El delito de omisión del deber de socorro se considera como un delito de omisión pura. En este sentido se castiga el incumplimiento de un deber especialmente importante como para ser objeto de protección penal.

El delito de omisión de deber de socorro es un delito relativamente moderno, propio de los ordenamientos de los Estados sociales, que destacan como deber jurídico, y no como obligación moral o de caridad, las exigencias derivadas del principio de solidaridad.

En la reforma de la Ley de 17 de julio de 1951 se introduce el delito de omisión de socorro en términos idénticos al actual (artículo 195), con muy ligeras variantes de redacción, buscando el fundamento de la tipificación penal en el deber jurídico de la solidaridad humana, puntualizándose por algunos autores que debe concurrir una situación de peligro para determinados bienes jurídicos.

Los tipos básicos del delito de omisión de socorro son:

i. La omisión de socorro personal, contemplada en el artículo 195.1 CP en el que se expresa *"1.- El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave[431], cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de terceros será castigado con la pena de multa de tres a doce meses".*

ii. La omisión de petición de socorro, contemplado en el apartado segundo del artículo 195 CP, según el cual: "*2.- En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno".*

La novedad del texto legal se centra en el subtipo del inciso número 3, del que se había ocupado la doctrina jurisprudencial, según el cual *"3.- Si la víctima lo fuera por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un*

431 STS2ª de 23 de febrero de 2010: "…el delito de omisión del deber de socorro requiere para su existencia: 1º) una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita; 2º) una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente; y 3º) una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar". En lo que se refiere al tipo subjetivo, precisa a continuación que la "existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva.

año y multa de seis a dieciocho meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años".

En efecto, en el inciso número 3 se establece el término accidente referido estrictamente al fortuito; es decir, se asimila el mero accidente a la fortuidad – se estaría en el campo de la pura omisión y, solo en el caso de haberse causado el peligro por el omitente de forma culpable (culpa o dolo) se produciría la comisión por omisión. El precepto anotado distingue entre el accidente fortuito y el imprudente para evitar que este último pudiera quedar en una zona de impunidad , dada la construcción que acepta el Código sobre el delito imprudente, y la distinción trasciende al aspecto penológico.

El delito de omisión de socorro reclama para su existencia:

i. Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de una forma patente y conocida y que no existan riesgos propios y de un tercero, como puede ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado[432] entre la acción y la ayuda que necesita.

ii. Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente.

iii. Una culpabilidad constituida no solamente por la consciencia del desamparo de la víctima y por la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar. [433] La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva[434].

432 Se define esa desproporción: …en aquellos supuestos en los que se parte de una situación no comprometida o banal y se llega a un resultado que por su gravedad es completamente insólito y desproporcionado con la situación de partida. En este sentido STS1ª de 8 de mayo de 2003 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de octubre de 2004.

433 SSTS2ª de 23 de febrero de 1981, 17 de noviembre de 1982, 9 de mayo de 1983, 18 de enero de 1984, 13 de marzo de 1987 y 18 de mayo de 1991.

434 STS2ª de 7 de marzo de 1991.

La consumación del delito de omisión del deber de socorro queda realizada desde el momento en que deja de prestarse socorro[435].

Delito de carácter formal y de peligro, que no necesita para su consumación la existencia de resultado alguno.

El deber que impone este artículo surge de la existencia de una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, de suerte que el acto de socorro sea potencialmente apto para modificar o influir en el curso del acontecimiento, posibilidad que puede existir aun cuando las lesiones fueran mortales – mientras existe vida perdura el deber de auxilio – pero claudica este deber cuando las lesiones han provocado la muerte instantánea[436]. O, cuando comprueba con exactitud que el accidentado está recibiendo ya la asistencia correcta y bastante.

Cuando tal omisión se refiere a la propia víctima, como se expresa en la STS2ª de 23 de marzo de 1987, la antijuricidad y el desvalor se acrecientan, dado que la exigencia de actuación y auxilio es superior a su entidad, bastando que el inculpado se aperciba y capte el peligro ocasionado por él, al darse cuenta que el accidente ha sido una realidad con la contingencia de riesgo para la integridad corporal o para la vida.

El delito contemplado en este apartado, si formalmente está estructurado como una agravación del tipo básico contenido en el párrafo primero, su descripción asume más bien la condición de un subtipo con cierta autonomía y características propias (STS2ª de 14 de febrero de 1992), comenzando por el substrato de acción en el que el sujeto pasivo ya no es simplemente una persona hallada por el culpable afectado tan sólo por el genérico deber de solidaridad en que se funda el tipo base, sino que se trata de víctima del accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido, lo que confiere al omitente una relación de proximidad con la víctima que implica *per se* que la misma esté desamparada respecto de él, conllevando así su conducta omisiva especiales acentos de antijuricidad, a él personalmente dirigida, y configurada ya en el ámbito normo - administrativo por el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, [437] que impone a los conductores

435 STS2ª de 27 de noviembre de 1982.

436 STS2ª de 25 de octubre de 2003.

437 Aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

causantes del accidente obligaciones de inmediato socorro, lo que explica el especial reproche de la conducta omisiva en el ámbito penal.

En lo que se refiere específicamente a la omisión del deber de socorro, en el ámbito de la asistencia sanitaria, como se ha dicho, el mismo está tipificado en el artículo 196 del CP.

Dicho precepto penal se incluye dentro del Capítulo dedicado a la omisión del deber de socorro, y de ahí que se haya tratado como un tipo cualificado, agravado, del tipo básico[438].

438 La STS2ª de 28 de enero de 2008, ante la alegación del recurrente sobre la indebida aplicación del artículo 196 del Código Penal dando a entender que pudiéramos encontrarnos ante la figura genérica de omisión del deber de socorro contenida en el artículo 195 del Código Penal, declara lo siguiente:
"1.- Para resolver la cuestión suscitada es necesario, por cuestiones lógicas, resolver previamente si existe la figura básica del delito de omisión del deber de socorro para después decidir si es aplicable la previsión específica para las conductas de los facultativos en casos de inactividad ante una persona necesitada de auxilio, en este caso médico.
2.- El núcleo de la acción delictiva radica en omitir el socorro a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de tercero.
El reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo.
3.- La conducta debe, sin embargo, ser ponderada en cada caso concreto en función de las situaciones de desamparo. Es incuestionable el deber de auxilio cuando la persona se encuentra sola y abandonada. En el caso de que hayan acudido en su auxilio otras personas, no excluye radicalmente la obligación ética y ciudadana de interesarse por el caso, pero pudiera ser excusable la abstención si teniendo en cuenta las circunstancias, ya existe el debido socorro y la aportación del tercero ya no aporta nada a la eliminación de la situación de riesgo. La abstención parece perfectamente justificada cuando ya estaban actuando los servicios médicos que pueden prestar un auxilio eficaz y al que se podría incluso perturbar en sus tareas. En definitiva, hay que tener en el momento exigible capacidad de actuar y necesidad de intervenir.
4.- La omisión del deber de socorro constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. Sus dos artículos, 195 y 196, constituyen el único contenido del título X del Código Penal, lo que indica que no tiene encaje en la tutela de otros bienes jurídicos como pueden ser la vida o la seguridad personal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria pero el legislador no le da una extensión indefinida sino que la concreta a los supuestos de peligro manifiesto y grave para la vida o la integridad física. Sólo puede ser omitido cuando la prestación del auxilio suponga un riesgo propio o para terceros.
En consecuencia, todos los elementos exigidos por el legislador están presentes en el hecho probado, cuestión que parece no ser discutida por el recurrente.
5.- Ahora bien, el acusado es, además, facultativo lo que nos lleva a la figura penal del artículo 196 en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas.
En el caso presente no nos encontramos ante una actuación omisiva o abandono de sus funciones sanitarias en el seno del centro médico o en el ámbito profesional donde desarrolla sus funciones. Se trata de una denegación de auxilio para asistir externamente a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a unos 50 metros del centro médico donde el acusado desempeñaba sus funciones. La única justificación que podría alegar, derivada de la no exigibilidad de otra conducta, sería la de encontrarse, en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que

No obstante, las diferencias, y no sólo el fundamento de la agravación, son evidentes.

En primer lugar, no se trata ya del genérico deber de socorro requerido por la solidaridad humana, sino de un deber más específico, puesto que el culpable ha de estar obligado a prestar asistencia sanitaria, por su condición de profesional. En consecuencia, la obligación de actuar derivará de una relación de esa especie, o de las normas rectoras de la profesión.

El sujeto pasivo, no necesariamente tiene que estar desamparado y en peligro manifiesto y grave, sino que el riesgo es precisamente el resultado de la denegación o abandono, es decir, de la conducta típica.

Y, por último, ésta no ha de ser cualquier negativa[439], sino la denegación de la asistencia o el abandono del servicio.

Todas estas diferencias del tipo agravado con el básico aproximan en mayor medida el delito de omisión del deber de socorro sanitario a los delitos de comisión por omisión, referidos por el artículo 11 del CP, si no fuera porque, en ellos, se requiere que la omisión cause un resultado prohibido por el Ordenamiento Jurídico.

estaba atendiendo. Este supuesto no se da en el caso presente ya que según los datos, cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica.

6.- Por ello centra su alegación en el hecho de que desconocía, en el momento de ser requerido, de que la persona estaba ya fallecida y que era inútil cualquier actuación médica. Para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es necesario que esté plenamente constatada, por datos indubitados que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas. Su conducta es evidentemente antijurídica y culpable no pudiendo escudarse en la existencia de un delito imposible porque precisamente por su condición de técnico en medicina sabía que, por lo menos, era exigible la prestación de auxilio, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. Conoció perfectamente lo que sucedía y en ningún momento tuvo la certeza de que su auxilio era inútil. Dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo.

439 STSJ Andalucía de 10 de marzo de 2000: Demandan a un médico de guardia por no acudir al domicilio del enfermo, siendo respondidos por el dispositivo sanitario que debían trasladarlo al centro de guardia. Se absuelve al facultativo"…la asistencia domiciliaria no estaba objetivamente indicada, ya que en ella no podían utilizarse los medios materiales y de diagnóstico con que contaba el Centro de Salud, ni tampoco podía disponerse de la intervención del personal sanitario necesario, que se hallaba de guardia en el servicio de urgencias, para llevar a cabo, ante tan grave y alarmante episodio, las previsibles maniobras de reanimación o resucitación del enfermo. Si a ello se añade que la mayor celeridad y eficacia en la asistencia se logró, sin duda, mediante el traslado del enfermo al Centro asistencial, en el vehículo privado de que disponían los familiares o allegados del paciente, siguiendo las instrucciones que, conforme a la *«lex artis»*, la propia acusada les hizo llegar, es obvio que la tesis de la acusación particular cae por su propia base…".

Los restantes requisitos de la comisión por omisión se cumplen: la no evitación del resultado deriva de un especial deber jurídico del autor, tanto exista una obligación legal o contractual de actuar – denegación de asistencia estando obligado a ello – como si se deriva de una acción u omisión precedente creadora de riesgo para el bien jurídicamente protegido – abandono[440] de la asistencia sanitaria - .

El bien jurídico protegido no es cualquiera, o no lo es sólo el derecho – deber de mutua asistencia correlativo a los deberes del hombre en sociedad, la solidaridad humana o la seguridad pública, sino la salud de las personas.

Puesto en relación el artículo 196 con el 195, ambos del CP, el tipo específico de la omisión del deber de socorro sanitario requiere que el sujeto tenga la obligación jurídica de actuar por cualquier relación preexistente, o incluso por un deber profesional, mientras que en la omisión del deber de socorro genérico castigaría un deber jurídico general cuando el sujeto no tiene la obligación jurídica de intervenir, que le viene impuesta por el deber de solidaridad humana, deber que incumbe a cualquier hombre, y no especialmente al médico, y por el sólo hecho de serlo. Por eso podría decirse que existe para los médicos un deber moral de mayor intensidad, pero cuando no esté obligado a actuar por razón de su profesión, la omisión del deber de socorro genérico no comporta para él ninguna agravación[441].

De ahí que si el médico estuviera obligado a intervenir no cometería este delito, sino el de omisión del deber de socorro sanitario.

La posición del médico frente al delito de omisión de socorro específicamente sanitaria requiere, por tanto, y ello le acerca a los delitos de comisión por omisión, que exista una obligación jurídica y no sólo moral – deontológica – de actuar.

En los delitos de comisión por omisión el fundamento del castigo radica en la posición de garante que el médico adquiere con relación al paciente[442].

440 El Código de Deontología Médica de 2011 proscribe esta conducta, incluso en situaciones de catástrofe o epidemia (artículo 6).

441 En la STS2ª de 30 de mayo de 1970, el médico fue condenado por delito de omisión del deber de socorro como cualquier otra persona que abandona su propia víctima sin socorrerla. Se trata de la infracción del deber de solidaridad humana pero no hay obligación preexistente de intervenir.

442 Audiencia Provincial de Madrid (Penal) 12 de mayo de 2007. La criatura objeto del daño se encuentra

No resulta fácil fijar los límites de la posición de garante del médico, que habrá que examinar casuísticamente con relación a las circunstancias concurrentes en su actuación.

Obligación de asistencia existe, naturalmente, en los casos en que ésta derive de una relación laboral o funcionarial, pero resulta discutible la misma en el médico ejerciente liberal o en aquéllos, al margen del ejercicio de sus cargos.

El CDM establece que *"todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o al accidentado" y, además, que "no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados, ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente e inevitable para su persona. Se presentará voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario"*[443]

Lo que interesa ahora es indagar si esa obligación deontológica constituye una verdadera obligación jurídica, siendo de señalar que en los actuales Estatutos de la Organización Médica Colegial [444] no se tipifica como falta sancionable la negativa a atender un caso de urgencia.

En definitiva, el delito de omisión de socorro específicamente sanitario se fundamenta en la previa asunción voluntaria de una obligación de asistencia que se incumple.

La conducta típica puede revestir dos modalidades: la denegación de asistencia sanitaria y el abandono de los servicios sanitarios. El delito se consuma desde el mismo momento en que se deniegue la asistencia o se abandonen los servicios pero, además de la existencia de una obligación de prestación de cuidados sanitarios, es necesario que de la omisión se derive un riesgo grave para la salud de las personas.

actualmente afectada de una parálisis cerebral que la mantiene ciega, sorda, muda inmóvil e incapaz de tragar o controlar esfínteres. En el curso del parto se presentó sufrimiento fetal y el médico fue avisado tarde y aún se retrasó en actuar, demorando tres horas una cesárea que debió de ser inmediata, según declaró el Tribunal sentenciador. Se condenó a los profesionales actuantes (un ginecólogo y dos matronas) a diversas penas de prisión e inhabilitación. La cuantía de la indemnización alcanzó una cantidad pocas veces registrada: 938.256 euros, cantidad cuya responsabilidad de pago recae sobre el seguro del centro (una clínica privada) y los de los profesionales sanitarios.

443 Artículo 6 del citado Código.

444 Aprobados por Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo.

Parece que con este requisito quedan excluidos aquellos casos en los que, a pesar de existir un requerimiento de asistencia y una negativa por parte del médico, o un abandono de los servicios sanitarios, el sujeto pasivo ha recibido asistencia.

Ello lleva a discutir el grado de peligrosidad que se requiere para la apreciación del delito.

Y es que, si bien en la modalidad omisiva de la denegación de asistencia puede exigirse que se trate de un peligro concreto, en vista de la solicitud de ayuda, no puede decirse lo mismo por lo que se refiere a la modalidad omisiva del abandono de los servicios sanitarios, pues aquí el peligro puede ser meramente abstracto, como en los supuestos en que el único médico de guardia abandona el servicio de urgencias y deja sin cobertura asistencial las posibles demandas urgentes de atención médica, pero en el abandono de un servicio prestado por un equipo[445] de guardia, la incriminación es mucho más dudosa[446].

Por otro lado, fuera de los casos de urgencia, puede pensarse en la efectiva asunción por el médico de un tratamiento, en el que pueden distinguirse tres supuestos:

- El del médico que ha prometido acudir y no lo hace, o lo hace con retraso culpable.
- El de abandono de la asistencia una vez iniciada.
- El de aceptar la asistencia pero prestándola con irregularidad o negligencia.

En el segundo de los supuestos enumerados, debe aceptarse que el médico que asume el tratamiento está obligado también a continuar los cuidados durante todo el tiempo que sea necesario, sin interrumpirlos ni abandonarlos, salvo causa justificada y dejando asegurada la continuidad de la asistencia por otro facultativo.

Así se establece en el CDM, al disponerse que "el médico sólo podrá suspender la asistencia a sus pacientes si llegara al convencimiento de que no existe la necesaria confianza hacia él. Lo comunicará al paciente o a sus representantes legales con la debida antelación, y facilitará que

445 Aún cuando el Código de Deontología Médica de 2011, en su artículo 40, declara de forma inequívoca que: "la responsabilidad deontológica del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo".

446 C. M. ROMEO CASABONA. *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal.* Editorial Bosch. Barcelona 1980, págs. 28 y ss.

otro médico se haga cargo del proceso asistencial, transmitiéndole la información necesaria para preservar la continuidad del tratamiento"[447].

En el caso de que debiendo prestar asistencia sanitaria, ésta se lleve a cabo, pero con irregularidad o negligencia, es evidente la relación de este delito con los delitos culposos.

Algún sector de la doctrina[448] advierte de la posibilidad de que, en los procesos por imprudencia, se formule acusación, tanto por ésta como por el delito de omisión de socorro, lo que será frecuente, ya que con gran frecuencia las conductas de imprudencia tienen una expresión de carácter negativo.

Es un delito que compete al Tribunal del Jurado, como destacan González Pernía e Hidalgo Carballal[449], con el peligro que puede suponer el enjuiciamiento de un delito tan complejo como éste por un órgano no profesional del Derecho.

c) El intrusismo

El vigente CP castiga el intrusismo en el artículo 403, que expresa: *"El que ejerciere actos propios de una profesión, sin poseer el correspondiente título académico, expedido o reconocido en España, de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses*[450]*. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses*[451]*.*

447 Artículo 11 del Código.

448 Así se expresa RODRIGUEZ MOURULLO: "*El delito de omisión de auxilio a víctima y el pensamiento de la injerencia",* Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, septiembre-diciembre de 1973, pág. 504.

449 J. GONZALEZ PERNÍA Y A. HIDALGO CARBALLAL *Responsabilidad penal sanitaria en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 103.

450 Notoria agravación, respecto a la redacción anterior de este precepto, que ponía la sanción en el tramo de seis a doce meses.

451 Procede idéntica consideración. La redacción anterior era "de tres a cinco meses".

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años".

Esta situación agravada era la única prevista para este delito, hasta la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en la que se impone la citada pena de seis meses a dos años cuando el culpable:

"Se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.

Ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público, en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión"

Con ello, dice la Exposición de Motivos, se pretende hacer frente a casos de intrusismo profesional que no estaban expresamente previstos en la legislación hasta ahora vigente, pero que son relativamente frecuentes en la práctica y suponen un evidente fraude que ha de castigarse penalmente.

El Código vigente divide en dos distintos tipos, las conductas penadas en el antiguo artículo 321 del Código derogado, desdoblando la expresión "título oficial" en dos: título académico y título oficial. Además, prevé una agravación que consiste en la atribución pública de la cualidad de profesional.

Se discute si el médico no especialista debe ser condenado como intruso, por la realización de actos médicos especializados. En este sentido, habría que determinar si la profesión del médico especialista es distinta a la de médico, si el título de médico especialista es un título académico u oficial, y si existen actos reservados a los médicos especialistas, que no pueden ser realizados por quienes carecen de título correspondiente. Incluso si el ejercicio especializado de la Medicina requiere, además del título académico de Licenciado el título de médico especialista[452].

452 Esta cuestión fue resuelta jurisdiccionalmente a propósito de un supuesto de hecho en el que un médico, propietario de una clínica de cirugía plástica, carecía del título oficial de médico especialista en cirugía plástica reparadora, pese a lo que se anunciaba como especialista en cirugía plástica estética y llevó a cabo actos propios de esta especialidad. Ello condujo a que fuera condenado por intrusismo. El médico, sin embargo, recurrió en amparo. Partiendo de que el art. 403 CP es una ley penal en blanco, argumentó en primer lugar que, en el momento de realización de los hechos, la cirugía estética no era una de las especialidades que requerían título oficial. En efecto, el R.D. 127/1984, de 11 de enero, sólo incluía la cirugía plástica y reparadora, y sólo en

Nuestro Ordenamiento Jurídico utiliza profusamente el término profesión, pero no lo define. Sin embargo, el artículo 35 CE establece el derecho a la libre elección de profesión y oficio y el artículo 36 CE dispone que la Ley regulará el ejercicio de las profesiones tituladas. De ahí que solo la ley en sentido formal pueda establecer límites al ejercicio de determinadas actividades, exigiendo para su realización la posesión de un título. Así lo interpretó la STCo 42 /86 en la que se expresa

"Compete pues al legislador, atendiendo a las exigencias del interés público y a los datos producidos por la vía social, considerar cuándo existe una profesión, cuándo esta profesión debe dejar de ser enteramente libre para pasar a ser profesión titulada, esto es, profesión para cuyo ejercicio se requieren títulos entendiendo por tales la posesión de estudios superiores y la ratificación de dichos estudios mediante la consecución del oportuno certificado o licencia. Por ello, dentro de las coordenadas que anteriormente se han mencionado, puede el legislador crear nuevas profesiones y regular su ejercicio, teniendo en cuenta, como se ha dicho, que la regulación del ejercicio de una profesión titulada, debe inspirarse en el criterio de interés público y tener como límite el respeto al contenido esencial de la libertad profesional".

El título de médico especialista se exigió por primera vez por la LEM de 20 de julio de 1995, pero ello sin perjuicio del libre ejercicio de la profesión médica en el conjunto de sus aplicaciones, y sólo para titularse de modo expreso médico especialista y para ocupar puestos de ese carácter.

virtud del R.D. 139/2003, de 7 de febrero, se añadió la cirugía estética a la denominación de la especialidad. El art. 403 CP, sin embargo, no podía integrarse con dicho Reglamento, pues ello implicaría una aplicación retroactiva en perjuicio del reo. Por otro lado, sostenía que el art. 36 de la Constitución establece que el ejercicio de las profesiones tituladas se regulará por Ley. Así las cosas, las especialidades médicas no podrían considerarse profesiones distintas por regularse sólo en Reglamentos e incluso, en virtud de remisiones en cadena, por resoluciones de la Secretaría de Estado de Universidades. Ello vulneraría la exigencia de taxatividad de la ley penal en blanco. La STS de 1 de abril de 2003 había acogido similar criterio para absolver del delito. La Sala Primera del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 283/2006, de 9 de octubre, rechazó el primer argumento del recurrente, por advertir que el órgano judicial había integrado el art. 403 CP con el Real Decreto de 1984, lo que impedía hablar de retroactividad en perjuicio del reo. En cuanto al segundo, afirmó que "el mero hecho de que la norma de complemento aplicada para integrar la ley penal en blanco carezca de rango legal no incide en las garantías que acoge" el art. 25.1 CE, relativo al derecho fundamental a la legalidad penal. Ahora bien, puso de relieve que es preciso, en todo caso, que la remisión salvaguarde la garantía material de la taxatividad. Al respecto, consideró que, en los casos de leyes penales en blanco en los que tiene lugar una remisión en cadena no puede considerarse respetado el principio de legalidad en su dimensión de certeza. En efecto, en ellos el contenido de la prohibición acaba detallándose en disposiciones de rango inferior, incluso, en algunos casos, en actos carentes de naturaleza normativa. Con base en esta razón, otorgó el amparo.

Por ello en desarrollo de la Ley, la Orden de 1 de abril de 1958 dispuso que el título de licenciado en medicina, independientemente del régimen de especialidades otorgaba por sí mismo el derecho al ejercicio de la medicina general, de la cirugía general y de cualquiera de las ramas de la medicina, o de todas ellas, más sin poder titularse expresamente especialista en ninguna.

A esta primera regulación de las especialidades médicas, sigue el Real Decreto 2015/78, de 15 de julio, por el que se regula la obtención del título de especialidades, pero que sigue sin exigir el título para el ejercicio de la profesión, sino sólo para ocupar puestos de trabajo con la denominación de especialista.

Es a este Real Decreto al que sigue el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero[453], cuyo artículo primero establecía:

"El título de médico especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de médico especialista, para ejercer la profesión con este carácter, y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos es instituciones públicas y privadas con tal denominación. En el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un registro nacional de médicos especialistas y médicos especialistas en formación".

El Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, vigente hasta el 22 de febrero de 2008, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada, mantuvo en vigor lo dispuesto en el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, salvo los párrafos a) y b) del artículo 14, el párrafo c) del artículo 16 y las disposiciones adicionales segunda y tercera de esta última disposición reglamentaria.

453 STSJ Andalucía de 27 de septiembre de 2011, que recoge matizaciones al texto de la norma: "….circunstancias de índole histórica y de carácter interno, así como las propias normas europeas, han venido condicionando la estructura de la profesión médica en España, a la que afectan determinados problemas puntuales originados por un número inusualmente elevado de alumnos en las Facultades de Medicina durante la década de los años setenta y por una capacidad formativa del sistema sanitario inicialmente limitada. Ambos aspectos han sido ya suficientemente corregidos, pero las diferencias producidas con anterioridad determinaron que un cierto número de médicos no pudieran acceder a la formación especializada oficial. Ello, unido a la necesidad que en esa época existía de médicos especialistas en nuestro sistema sanitario, hizo que licenciados en Medicina accedieran a distintos hospitales, centros sanitarios y unidades docentes, iniciando una formación médica especializada no oficial, pero que bajo la supervisión de los correspondientes jefes de las unidades podría haber resultado equiparable, en determinados casos, a la establecida para cada especialidad.

Por último, el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, dictado en desarrollo de la LOPS dispone [454] que *"la evaluación final positiva del período de residencia dará derecho a la obtención del título oficial de especialista, por lo que, una vez notificada al Registro Nacional de Especialistas en Formación, el Ministerio de Sanidad y Consumo procederá a su traslado al Ministerio de Educación y Ciencia junto con la documentación necesaria para que se dicten las ordenes de concesión de los títulos de especialista",* derogando el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero.

Sentado lo anterior, la novedad introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el, anteriormente mencionado Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, fue la exigencia del título para el ejercicio de la profesión en la correspondiente especialidad médica, exigencia que, por tanto, se estableció, por primera vez, en nuestro Derecho, tras la promulgación de la Constitución.

Tras la publicación del Real Decreto no pudieron obtenerse títulos de médicos especialistas más que por el sistema comúnmente conocido como MIR (Médicos Internos y Residentes), y así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo. "*La regulación jurídica aplicable a los mismos se recoge bajo el epígrafe genérico de <<Formación especializada en Ciencias de la Salud>> en los artículos 15 y siguientes de la Ley (44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias)*[455] *".*

Sin embargo, junto al título español de médico especialista, pueden ejercer también la medicina especializada quienes estén en posesión de un título extranjero, homologado administrativamente.

Para los especialistas de la Unión Europea, el Real Decreto 1691/1989, de 29 de diciembre,[456] reconoce como habilitantes para ejercer en España los títulos expedidos en el resto de los Estados miembros y, a su través, pueden reconocerse títulos amparados en el reconocimiento

454 En su artículo 27.

455 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009. Página 109.

456 En su nueva redacción dada por el Real Decreto 1171/2003, de 12 de septiembre, por el que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2001/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2001, por la que se modifican directivas sobre reconocimiento profesional, y se modifican los correspondientes reales decretos de transposición.

de derechos adquiridos, basados en la acreditación de la experiencia profesional durante un plazo de tiempo equivalente al de la duración mínima de la formación.

En cuanto a los médicos especialistas titulados en países terceros, cabe distinguir entre los procedentes de aquéllos países con los que España mantiene Tratados de Cooperación Cultural, que puede suponer la convalidación automática del título, o simplemente, completar la formación especializada con aquellas materias en las que no exista equivalencia de los planes de enseñanza. El resultado de este cruce normativo puede producir que muchos cientos de auténticos especialistas españoles, formados al margen del MIR, pero con experiencia en la especialidad, no sólo no podrán ejercer como tales en el resto de Europa, sino que ni siquiera van a poder hacerlo en España, puesto que los puestos y el vacío profesional que a ellos se les impide realizar, van a poder ser ocupados por otros profesionales extranjeros que, en el mejor de los casos, sólo podrán acreditar una formación análoga a la de estos profesionales, cuando no inferior al no haberse encontrado lugar y acomodo en sus respectivos países por su deficiente especialidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no se ha decantado claramente por la existencia de una profesión, la de médico especialista, y en consecuencia por la exigencia del título de médico especialistas para llevar a cabo actividades comúnmente consideradas como de medicina especializada. Es más, se advierten diferentes orientaciones en las Jurisdicciones Contencioso Administrativa y Social.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo se ha enfrentado reiteradamente con peticiones de expedición de títulos de médico especialista al margen del sistema MIR, y en relación con este problema ha tenido que examinar qué se entiende por profesiones tituladas. En la STS3ª de 9 de marzo de 1995, a la que siguen la de 10 y 14 de marzo del mismo año, declara que *"este Tribunal cree que, en el ámbito sanitario que nos ocupa, la reserva de ley se refiere a la profesión de médico (para la que se necesita un título de Licenciado en Medicina y Cirugía y una colegiación en una corporación de Derecho Público como es un Colegio Oficial de Médicos), pero no se refiere a todas y cada unas de las múltiples especialidades que a posteriori pueden alcanzar los Licenciados en Medicina y Cirugía, para las que no se exige colegiación ad hoc alguna, hasta el punto de no existir Colegios Profesionales propios de las Especialidades. Lo que demuestra que la profesión es una y sólo una (la de Médico), siendo las especialidades variaciones de esa única profesión médica. El puro sentido común parece que lleva a esta misma conclusión, si se observa que, en general, cualquier médico (sea o no especialista)*

puede atender cualquier enfermedad a cualquier enfermo, incluso sobre aspectos de especialidad ajena, ya que el título de lo especialista sólo es necesario para ejercer la profesión con éste carácter (artículo 1 del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero), es decir, no para ejercer la profesión (en cualquier ámbito), sino para ejercerla como especialista.

Sin embargo, en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se declara la absoluta necesidad de que los médicos que ocupan plaza de especialista tengan el título de tal, por lo que sería lícito cesar al médico no especialista cuando aparece un especialista titulado.

En las SSTS4ª de 22 de diciembre de 1995 y 21 de mayo de 1996, partiendo del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, como servicio público regido por los principios de eficacia y garantía de un alto nivel de asistencia, concluye que *"sólo circunstancias extraordinarias pueden justificar la contratación de un médico no especialista para puesto que requiera especialidad, como sería los derivados de carencia absoluta de especialistas que haga necesario cubrir transitoriamente la plaza, al no poder dejar de prestarse el servicio de los titulares de la asistencia necesaria".*

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, al examinar un recurso de amparo formulado por un médico que ejercía de forma permanente la Odontoestomatología y se anunció en las páginas amarillas de la guía telefónica como Médico Estomatólogo sin serlo, ha considerado que:

"Ocasionalmente un médico especialista puede actuar en circunstancias especiales que lo justifiquen, en razón de la concreta situación que en cada caso se ofrezca (urgencias, no presencia de especialista, levedad de la primera intervención), pero no puede dedicarse de manera continuada y habitual al ejercicio de una especialidad".

Pero, como quiera que nos encontramos en el marco del ejercicio de las profesiones, es bueno recordar que la jurisprudencia contencioso administrativa ha razonado que el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, no constituye un obstáculo al libre ejercicio de la profesión.

En dos SSTS3ª, ambas de fecha de 9 de diciembre de 1991, el Tribunal Supremo razona que el Real Decreto no es un obstáculo al libre ejercicio de la profesión (lo que hubiera requerido una norma con rango de ley formal) *"de una parte porque el citado Real Decreto, como el*

anterior 2015/1978, se acogen a la Ley General de Educación, cuyos artículos 31 y 39, que regulan los títulos de estudios universitarios, refiriéndose a la especialización como parte de la formación postgraduada, por lo que existe la cobertura legal impugnada, y de otra, porque el Real Decreto no regula el ejercicio de la profesión especializada, sino la obtención del título de especialista, aunque ese título sea necesario para ejercer la profesión con ese carácter "sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía" – como expresamente se establece en el artículo 1 del Real Decreto impugnado – y de la existencia de otros requisitos como la colegiación para el ejercicio de la profesión médica".

Por lo que el Real Decreto 127/1984 tenía por *"único objeto la regulación del Título Académico de Médico Especialista y no el ejercicio de la profesión titulada. Como se obtiene del artículo 39.3 de la Ley General de Educación, el título de Licenciado habilita para el ejercicio profesional y, en consecuencia, el artículo 1º del Real Decreto 127/1984, expresamente determina el ámbito del Título de Médico Especialista "sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía".*

Por consiguiente, ni la de médico especialista es una profesión, ni el título de médico especialista constituye un obstáculo para su libre ejercicio, pues son cuestiones distintas el ejercicio de la profesión y la obtención del título.

En todo caso la doctrina jurisprudencial citada es anterior a la entrada en vigor del Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero[457], norma reglamentaria ésta que, como se dijo antes, ha derogado el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, razón ésta por la que, cuando este último Real Decreto tenga que ser interpretado y aplicado por los Órganos Jurisdiccionales, posiblemente se modifique la jurisprudencia anterior.

En lo que se refiere al carácter del título de médico especialista, es decir, si es académico u oficial, también hay que acudir a la legislación administrativa para resolver esta cuestión.

457 STS3ª de 3 de marzo de 2010. Se recurre por la Confederación Estatal de Sindicatos Médicos este Real Decreto , por el que se determinan y clasifican las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, del que pretende, en el suplico de la demanda, que esta Sala declare la nulidad de determinados artículos de la norma. La sentencia declara que:"… el recurso debe ser rechazado… en estos aspectos concretos, y ello porque todos esos artículos que la demanda cuestiona son plenamente conformes con la Ley que desarrollan e incluso se inscriben en la línea del Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre, que reguló la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, estructuró, en su artículo 30, los estudios universitarios en tres ciclos como máximo, añadiendo que la superación del primero de ellos dará derecho, en su caso, a la obtención del Título de Diplomado, de Arquitecto Técnico o de Ingeniero Técnico, la del segundo a la del título de Licenciado, de Arquitecto o de Ingeniero, y la del tercero, a la del título de Doctor.

Estos serían, y no otros, los únicos académicos que habría que distinguir de los títulos oficiales.

Así lo confirmó el Real Decreto 1646/1987, de 6 de noviembre, sobre obtención, expedición y homologación de títulos universitarios que, en desarrollo del artículo 28 de la Ley de Reforma Universitaria, establece en su artículo 1º: *" son títulos oficiales con validez en todo el territorio nacional los que, a propuesta del Consejo de Universidades, sean establecidos con tal carácter por el Gobierno mediante Real Decreto. Estos títulos surtirán efectos académicos plenos y habilitarán para el ejercicio profesional, de acuerdo con la normativa vigente. Los títulos universitarios oficiales a los que hace referencia el apartado anterior son los de: Diplomado, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico, que se obtendrán, en su caso, tras la superación del primer ciclo de los estudios universitarios, Licenciado, Arquitecto o Ingeniero, tras la superación del segundo ciclo, y Doctor, tras la superación del tercer ciclo"*[458].

458 La Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de universidades sentó las bases para realizar un profundo cambio en las universidades españolas.
El 26 de octubre de 2007 el Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto de Ordenación de Enseñanzas Universitarias oficiales por el que se modifica el sistema de clasificación de la enseñanza superior. Este Real Decreto fija una nueva estructura de títulos en tres niveles (grado, máster y doctorado) en consonancia con el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES). Los principales objetivos, derechos y obligaciones que recoge esta Ley son:

- Permitir a las propias universidades crear y proponer, de acuerdo con las reglas establecidas, las enseñanzas y títulos que hayan de impartir y expedir, sin sujeción a la existencia de un catálogo previo establecido por el Gobierno, como hasta ahora era obligado.
- Impulsar un cambio en las metodologías docentes, que centra el objetivo en el proceso de aprendizaje del estudiante, en un contexto que se extiende ahora a lo largo de su vida.
- En el diseño de un título se deberán reflejar más elementos que la mera descripción de los contenidos formativos, tales como justificación, objetivos, admisión de estudiantes, contenidos, planificación, recursos, resultados previstos y sistema de garantía de calidad.
- Se proponen los créditos europeos (ECTS) como unidad de medida que refleja los resultados del aprendizaje y volumen de trabajo realizado por el estudiante para alcanzar los objetivos establecidos en el plan de estudios.
- En el supuesto de títulos que habiliten para el acceso o ejercicio de actividades profesionales, el Gobierno establecerá las condiciones a las que deberán adecuarse los planes de estudios para garantizar que los títulos acreditan la posesión de las competencias y conocimientos adecuados para dicho ejercicio profesional.
- Se garantizan los derechos académicos adquiridos por los estudiantes y los titulados conforme a sistemas educativos anteriores.
- Se potencia la apertura hacia los estudiantes procedentes de otros países del Espacio Europeo de

De ahí podríamos deducir que, como el título de médico especialista no es de Diplomado, Licenciado o Doctor, no es, por tanto, un título académico y, en consecuencia, el ejercicio de una actividad profesional para la que capacite el título de médico especialista sin poseerlo no puede ser castigada por la forma más grave del delito de intrusismo.

Lo que se discute entonces no es si el médico no especialista puede ser condenado por intrusismo por no ostentar el título académico, sino por no ostentar el título oficial.

Para ello sería preciso considerar al título de médico especialista como título oficial acreditativo de una capacitación y que habilita legalmente para el ejercicio de una actividad profesional.

Se trataría de la existencia de profesiones, o actividades profesionales, que para su ejercicio requieren, además de un título académico, otro oficial, pero para ello sería preciso superar la concepción que atribuye a los títulos académicos la plenitud de ejercicio.

Digamos, en primer lugar, que no parece que la intención del Legislador fuera la de castigar el ejercicio de una especialidad médica sin el título de médico especialista, aunque se estuviera en posesión del título de Licenciado en Medicina. Como resulta de los precedentes del CP y del debate parlamentario previo a la promulgación del mismo, la inclusión del tipo delictivo más benigno del intrusismo profesional respondió a la finalidad de no dejar sin castigo a la antigua falta de intrusismo, inicialmente no incluida en el Código y que, posteriormente, se quiso restablecer. Se castigaba en el artículo 572.1 del CP derogado a quien ejerciese actos propios (el mismo requisito que en la actualidad) de una profesión (el nuevo Código se refiere para el tipo más grave a una profesión, y para el más leve a una actividad profesional) reglamentada por disposición legal sin poseer la acreditación o capacitación necesaria.

Educación Superior y de otras áreas geográficas.

- Se fomenta la movilidad de los estudiantes, tanto dentro de Europa, como con otras partes del mundo, y sobre todo la movilidad entre las distintas universidades españolas y dentro de una misma universidad mediante un sistema de reconocimiento y acumulación de créditos, en el que los créditos cursados en otra universidad serán reconocidos e incorporados al expediente del estudiante.
- Se establecen vínculos adecuados entre el Espacio Europeo de Educación y el Espacio Europeo de Investigación

Las universidades españolas establecerán su propio calendario de adaptación según los compromisos adquiridos por España en la Declaración de Bolonia, en virtud de los cuales en el año 2010 todas las enseñanzas deberán estar adaptadas a la nueva estructura.

Pues bien, no encontramos términos hábiles para distinguir entre el ejercicio de actos propios de una profesión y el desarrollo de una actividad profesional, ni para identificar la actividad profesional con el ejercicio de una única profesión, pues parece claro que el título habilitante para el ejercicio de la profesión, que es lo más, habilitaría para el ejercicio de una modalidad, que es lo menos, de donde no se podría castigar a quien sí ostenta el título académico habilitante.

Por otro lado, nótese que, al tratar el delito de intrusismo, nos encontramos de lleno en el campo del ejercicio profesional, y no en el de la simple obtención de títulos académicos. Quiere decirse con ello que, en nuestra opinión, es absolutamente relevante que el Real Decreto 127/1984 regulase o no el ejercicio de la profesión. Pues si no lo regula, sino sólo, como ha declarado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, la obtención del título, mal podría basarse la condena en la infracción de las normas reguladoras de tal ejercicio, entre las que se incluye la facultad que corresponde al legislador de determinar cuándo se requieren títulos para el ejercicio profesional y no ha sido el legislador quien ha dicho que para ejercer una especialidad médica sea preciso el título de médico especialista.

Tampoco, a nuestro juicio, puede entenderse que el título de médico especialista se incluya entre aquellos títulos oficiales acreditativos de una capacitación profesional.

En efecto, la STCo 111/1993, de 5 de marzo, cuya doctrina luego reproducen las Sentencias 132 a 140/1993, de 19 de abril, había declarado, en relación con el ejercicio de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria que *"el término título oficial a que se refiere el artículo 321.1 del Código Penal (derogado) no puede ser entendido sino como título académico oficial, vista la forma en que se gestó el mencionado precepto"*.

En la misma Sentencia el Tribunal Constitucional avala no sólo "la distinción entre título académico oficial y capacitación profesional" y la identificación de las profesiones tituladas con aquellas para cuyo ejercicio se requiere poseer estudios universitarios acreditados con la obtención del correspondiente título oficial, sino que dado el reconocimiento constitucional a la libre elección de profesión u oficio (artículo 35 de la CE) percibe la posibilidad de "diversos grados de control estatal de las actividades profesionales", identificando el título no académico "como un reconocimiento oficial de menor rango".

El título acreditativo de una capacitación debe entenderse, por tanto, como un reconocimiento oficial de menor rango, que es precisamente lo contrario a lo perseguido por el constituyente, que tiene en cuenta que cuanto mayor sea la relevancia social y la importancia constitucional de los intereses protegidos, mayor tiene que ser el nivel de conocimientos requeridos para el desempeño de la actividad profesional, mayor el grado de control estatal sobre los mismos y más grave la sanción imponible. En definitiva, el título acreditativo de una capacitación, no equivale a título acreditativo de una especialización, ni a título habilitante para el ejercicio de una profesión, pues esta es la de médico, y no la de especialista.

Otra cosa sería que, en el futuro, el legislador pudiera crearla, en cuyo caso sería posible discutir la incriminación penal.

Se ha mantenido, sin embargo, que ya con la anterior redacción del CP, se habían sancionado tres conductas, citando en apoyo de esta tesis las SSTS2ª, de 12 y 19 de marzo, 13 de junio y 12 de octubre de 1990, y 5 de febrero de 1993.

Se puede concluir que tales resoluciones no resuelven nuestro supuesto, porque se refieren al intrusismo de médicos. Licenciados en Medicina y Cirugía que ejercen actividades de Odontólogo, que el Tribunal Supremo siempre ha considerado, desde aquella primera STS2ª de 18 de octubre de 1969, como una profesión distinta al amparo del Decreto de 4 de julio de 1975, que proclamó que el arte de dentista constituiría en lo sucesivo una profesión para cuyo ejercicio se expediría un título especial, añadiéndose por la Orden de 13 de agosto de 1914, la prevención de que los Licenciados en Medicina necesitarían para ejercer la Odontología cursar los estudios especiales que ésta comprende. La STCo 24/1996, de 13 de febrero, basa la condena al médico que ejerce como odontólogo, no exclusivamente en el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, sino *"por causa de la interpretación constante y uniforme que el Tribunal Supremo ha venido realizando tanto de la citada Ley de Especialidades Médicas, como de la normativa posterior sobre la materia, singularmente la citada Ley 10/1986, de 17 de marzo"*, añadiendo que el recurrente *" se fundó en una premisa errónea cual es la de que la sentencia condenatoria descansó fundamentalmente en la aplicación como norma de aplicación del tipo penal de un reglamento preconstitucional nulo de pleno derecho por carecer del rango adecuado",* y que el juzgador tuvo en cuenta todo el bloque normativo aplicable, en el que destaca la Ley 10/1986 y singularmente su disposición adicional, a la que no puede imputarse la carencia del rango necesario, y , sin embargo, puede mantenerse perfectamente que el ejercicio de una especialidad médica sin poseer el título de médico especialista está castigado como delito

de intrusismo por el CP y ello porque, por mucho que se razone en contra, el título de médico especialista es oficial, y así está consagrado en nuestro Derecho, en el que el sistema de titulaciones es muy variado, muy complejo y, para el desempeño de los puestos de trabajo públicos y privados, no basta con la titulación general, sino con la de la especialidad de que se trata[459].

A todo ello debe añadirse que las Directivas de la Unión Europea 86/457 y 93/16 exigen la titulación de médico especialista para el ejercicio de las especialidades médicas.

La realidad de numerosos licenciados que han prestado y prestan servicios en las Administraciones Públicas Sanitarias en plazas de médico especialista sin ostentar el título es notoria, y la publicación del vigente Código Penal puso de manifiesto no sólo las graves repercusiones laborales que se derivan de su cese, sino las personales que podrían seguir a su posible tipificación como intrusos en el artículo 403 del actual CP.

La preocupación por la situación de estos profesionales dio lugar a muy numerosas actuaciones, tanto reglamentarias como sociales:

En las primeras, el Real Decreto 1776/ 1994 permitió otorgar el título de médico especialista a determinados Licenciados que, sin haber seguido el programa de especialización, pudieran demostrar haber realizado los años de formación establecidos para la correspondiente especialidad mediante un nombramiento expedido por una Administración que implicase formación profesional retribuida periódicamente con cargo a sus presupuestos.

Sin embargo, con esta norma, y con su respectiva aplicación por las autoridades educativas y sanitarias, no ha podido darse solución a la problemática que presentaban la mayor parte de estos profesionales. Por ello, se han tratado de arbitrar soluciones para posibilitar a los médicos, que sin título de especialista han servido profesionalmente sus plazas, la obtención del título.

459 A veces la acción del intruso es mucho más elemental y no plantea la menor duda al juzgador. STS2ª de 4 de octubre de 2007: "…el acusado Carlos Jesús se identificó de palabra como policía a la vez que mostraba a dichos viandantes un documento o placa con la bandera española, diciendo si tenían droga o dinero falso y pidiendo a Marcelino y a Jose María que le enseñara la documentación. Cuando Marcelino sacó el pasaporte, el acusado Carlos Jesús, al ver el dinero que llevaba atado con un plástico (7000 euros, de los cuales 3600 euros eran suyos y los 3400 euros restantes de Jose María) se dirigió a Marcelino diciéndole que ese dinero era falso y que se lo entregase…"

El Congreso de los Diputados aprobó al respecto tres proposiciones no de ley:

- La primera de ellas, de 26 de marzo de 1992, "insta al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para promover la normativa que establezca una fórmula concreta que permita al colectivo de médicos becarios residentes de hospitales psiquiátricos para acceder al título de Médico Especialista en Psiquiatría".
- La segunda, de 15 de junio de 1994, en la que "el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para decidir, mediante la normativa correspondiente, los mecanismos necesarios para el reconocimiento de la actividad profesional de los médicos ayudantes de equipo médico y quirúrgico como períodos formativos para el acceso al título de especialista".
- Por último, la de 21 de noviembre de 1995, en la que "…se exige dar al colectivo de médicos generales la posibilidad de acceso al correspondiente título de médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria y aprobar las medidas necesarias para establecer los mecanismos de censo y valoración del colectivo profesional perteneciente a los médicos especialistas sin título oficial con objeto de que éstos puedan acceder al título de médico especialista".

En la vida social, tanto la Organización Médica Colegial, como varias Comisiones Nacionales de Especialidades, Sociedades Científicas y Real Academia de Medicina, como finalmente las asociaciones creadas en el seno del propio colectivo para la defensa de sus propios intereses, han llevado a cabo muy diversas actuaciones para tratar de encontrar una solución al colectivo, que impida que por aplicación rigurosa del inciso segundo del artículo 403 del CP, puedan ser condenados por delito de intrusismo. [460]

460 La STCo de 9 de octubre de 2006 declara que el tipo penal que describe el delito de intrusismo (art. 403 CP) presenta una estructura de ley penal en blanco; esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta. Esa conclusión -avalada por la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo- está sostenida no sólo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos a que remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas -materia que conforma el sustrato de regulación del delito de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc.) son los que han de servir de complemento exegético al mismo- se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, con mayor o menor concreción, debe ser legalmente determinada, tal como viene a establecer el artículo 36 CE al exigir que sea la ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. En esa medida, habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial. Concretado tal carácter de la ley penal aplicada, debe establecerse, siguiendo doctrina consolidada del TC, cómo se proyecta la garantía material de taxatividad sobre las normas penales en blanco, para después proceder al análisis del caso concreto. Tal como manifestamos en la citada STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3,

La proyección social del problema hace especialmente inconveniente que se trate de resolver el mismo mediante la aplicación de una norma penal.

Quizá hubiera que volver a los orígenes de la norma penal y diferenciar el intrusismo médico del resto de las conductas intrusas porque, aunque el bien jurídico protegido con el intrusismo sea el interés público de mantener el control estatal en el ejercicio de las profesiones tituladas, entendiendo por tales aquellas a las que el legislador, por su especial relevancia, ha reservado un determinado ámbito, de donde cualquier usurpación de cualquier título académico u oficial lleva consigo idéntica pena, implica no distinguir entre las diversas actividades para las que se habilitan los títulos. El intrusismo médico puede y debe merecer una consideración específica, como ocurría con el CP de 1922, en el que se distinguía la usurpación de funciones médicas del resto de las conductas intrusas, por la especial relevancia que merece el derecho a la protección de la salud.

Podría superarse así el absurdo de que médicos, que han demostrado su capacitación, profesionales que actúan en zonas limítrofes entre especialidades, incluso especialistas

los postulados contenidos en el derecho a la legalidad penal son conciliables con la utilización por el legislador de dicha técnica legislativa, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: "que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición", así como, con especial relevancia en lo que atañe a nuestro análisis, "que sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada" (en igual sentido, SSTC 118/1992, de 16 de septiembre, FJ 2; 111/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 120/1998, de 15 de junio, FJ 5; o 34/2005, de 17 de febrero, FJ 3). El quebranto del derecho fundamental denunciado por el recurrente no se atribuye, en rigor, al precepto contenido en el Código penal, por lo que, en la medida en que no se ponen en duda esos aspectos, podemos obviar el análisis de los dos primeros requisitos. Por el contrario, el núcleo de la controversia se plantea respecto del Real Decreto que las resoluciones judiciales impugnadas han empleado para complementar el alcance de la prohibición, considerando el recurrente que en el mismo no se establece una delimitación, siquiera genérica, de las actividades reservadas a cada especialidad, existiendo un completo vacío normativo acerca de cuáles son sus ámbitos competenciales privativos de ejercicio profesional que, por tanto, impide complementar el contenido del elemento típico requerido por el delito de intrusismo. Como ya hemos tenido ocasión de afirmar, el contenido de la demanda se remite, a veces literalmente, a lo afirmado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 1 de abril de 2003 que, como recoge en su escrito de alegaciones el Ministerio Fiscal, declara que "no existe en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista médico legalmente establecida y regulada, con definición de actos propios y específicos, diferenciada de la actividad profesional del médico. Existe, eso sí, una regulación oficial de las especialidades médicas, a los efectos del Servicio Nacional de Salud fundamentalmente, pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos". En consecuencia, "el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, no puede cubrir dicha exigencia de certeza, pues no define el ámbito de los actos propios de cada especialidad".

en formación, puedan ser castigados, y permitir la práctica libre de curanderos, brujos y charlatanes.

Máxime, cuando la Administración Sanitaria ha contribuido, no sólo tolerando, sino fomentando y manteniendo el problema que no puede resolver ahora por el expeditivo camino de la criminalización.

Y además, cuando pueden existir otras normas penales que llenen con ventaja las exigencias de la protección penal del derecho a la protección de la salud.

Así, merecerían ser castigadas como delitos imprudentes las conductas de quienes acometen tratamientos sanitarios sin haber alcanzado la formación y preparación necesarias para ello. Pero si finalmente se considera que el ejercicio de una especialidad médica sin poseer el título de especialista es constitutivo de delito, los actuales médicos especialistas sin títulos deberían ser juzgados con la apreciación de un error de prohibición o de tipo, o con la concurrencia de un estado de necesidad, tanto propio, en cuanto a su subsistencia y trabajo, como general, en cuanto a la asistencia a los pacientes, de modo que quedarían exentos de responsabilidad penal.

De otro lado, el párrafo segundo del artículo 403 del CP establece una agravación, que consiste en la atribución por parte del culpable, públicamente, de la cualidad de profesional amparada por el título, en cuyo caso se le impone la pena de prisión de seis meses a dos años.

La exigencia de publicidad vuelve a relacionar este delito con la fe pública, por lo que no es suficiente que el culpable aparezca como tal profesional ante un particular, sino que es necesario que tal atribución se haga públicamente. [461]. A veces esta apariencia no se centra en manifestaciones del culpable, sino en hechos de "apariencia social" poseer condiciones profesionales de las que carece, como ejercer los actos profesionales en un local o establecimiento en el que se anunciare el ejercicio de dichos actos efectuados bajo usurpación, como se recoge en el apartado 2.b de la actual redacción del artículo 403 del Código Penal.

461 Según las SSTS2ª de 30 de mayo de 1975, 18 de septiembre de 1982 y 14 de mayo de 1987, la atribución pública ha de tener lugar de manera ostensible, notoria y manifiesta, a través de los anuncios, etc. , presentándose el intruso a los demás como miembro de una profesión.

Sin embargo, no es preciso que la publicidad falsaria cree, efectivamente, confusión en el cliente del intruso, ya que el intrusismo se consuma por la realización del acto profesional, y no es preciso que el cliente crea que se encuentra ante un verdadero profesional.

De ahí también que la simple publicidad no sea suficiente para cometer el delito, si no va acompañada de la ejecución de actos profesionales.

Con el CP vigente ha desaparecido, por tanto, la sanción penal del ejercicio profesional sin la incorporación al Colegio Oficial correspondiente, descriminalización esta que consideramos un error al tener encomendadas las Corporaciones Profesionales facultades normativas de control del correcto ejercicio profesional, cuya garantía penal está más que justificada, como ha entendido con acierto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.[462]

Quiero concluir este apartado con una mención que ya he apuntado anteriormente y es el peligro de inseguridad jurídica que constituye el hecho de que el Código Penal configura algunos de sus tipos delictivos acudiendo a la modalidad de norma penal en blanco o, al menos, con la inclusión en el tipo de elementos jurídico normativos ajenos al campo penal y que, en definitiva, significan que, para la existencia de un injusto penal, es condición necesaria la concurrencia de elementos extraídos del ámbito administrativo, laboral o civil, por ejemplo. Unas interesante sentencia[463] recoge que en el delito probado de intrusismo estamos en presencia de "*…violación antijurídica de la normativa extrapenal ordenadora de la profesión invadida y, en particular, de aquel sector que reglamenta la concesión y expedición de la titularidad que faculta para el ejercicio de la actividad profesional que se enjuicia, hallándonos ante una norma en blanco que habrá de complementarse con las correspondientes disposiciones administrativas atinentes a la respectiva profesión. En efecto el tipo penal que describe el delito de intrusismo presenta una estructura de ley penal en blanco; "esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta (STC 127/90, de 5-7 (RTC 1990, 127) ; 283/2006, 9-10 (RTC 2006, 283)). Esta conclusión está sostenida no solo en el incuestionable carácter jurídico de los elementos que se remiten nociones como "título oficial" o que "habilite legalmente para su ejercicio", sino esencialmente debido a que el régimen español de las profesiones tituladas -materia que conforma el sustrato de regulación del acto de intrusismo y cuyos aspectos más esenciales ("títulos oficiales", "actos propios de una profesión", etc.) son los que han de*

462 STCo 74/1994, de 14 de mayo.

463 AP. De Madrid de 7 de julio de 2014.

servir de complemento exegético al mismo- se configura como un sistema cerrado de reglamentación, con una consiguiente vinculación entre títulos y la actividad profesional correspondiente que, en mayor o menos concreción, debe ser legalmente determinada…al exigir que sea una ley la que regule el ejercicio de las profesiones tituladas. Con esa medida habrán de ser precisamente normas jurídicas las que determinen qué deban ser actos propios de una profesión para cuyo ejercicio habilite un título oficial"

d) Homicidio, feticidio y lesiones al nacido y al feto cometidos por imprudencia

La entrada en vigor del CP de 1995 no ha supuesto, en los tipos delictivos que nos ocupan, ninguna innovación de trascendencia para el médico o sanitario. Tanto ahora como antes, al cirujano que, por imprudencia o negligencia originara una muerte, causara un aborto o infligiera unas lesiones a una persona nacida o a un feto, se le imponían las correspondientes penas, indemnizaciones y costas, importando poco para el condenado que se dijera en la sentencia que se le condenaba por homicidio imprudente o lesiones de tal clase, o de imprudencia temeraria o simple con resultado de muerte o de lesiones. Los efectos para el condenado eran los mismos en cuanto a la condena en penalidad, costas y reparación.

Sin embargo, se hace preciso indicar la trascendencia que ha significado el cambio mantenido por el legislador en este punto. Nuestros textos penales, desde 1848, siguieron el sistema del crimen culpae. La imprudencia se configuraba como una forma de culpabilidad en general en todos los supuestos de la denominada Parte Especial del Código, salvo que por la estructura típica ello no resultara posible. Se recogía en el Texto Punitivo de 1973, según la gravedad, en el artículo 565 para los delitos y en el artículo 586, bien para las faltas contra las personas, y en el artículo 600 para las faltas contra la propiedad. Tan sólo por la naturaleza de la infracción, porque exigiera elementos intencionales, se excluía la aplicación de la imprudencia. Ello no impedía que nuestro Código anterior, con una evidente falta de sistemática y rigor, comprendiera dentro de sus figuras punibles algunos delitos imprudentes, como el artículo 344, relativo a la prevaricación judicial.

Resulta obvia la importancia que reviste conocer cuándo nos encontramos en presencia de una acción imprudente, por las consecuencias jurídicas que de ello se derivan y por ello la

jurisprudencia ha elaborado un repertorio de requisitos para la concurrencia de esta figura jurídica. El Tribunal Supremo, en su Sala Penal requiere:

"a) acción u omisión voluntaria y no maliciosa. b) infracción del deber de cuidado. c) resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta y d) la creación de un riesgo previsible y evitable[464]*"*

Ahora, el texto penal contiene un catálogo, *númerus clausus*, de infracciones imprudentes, porque, como dispone su artículo 12 *"las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley".* Se ha pasado del *crimen culpae* a la *crímina culposa*.

La mayoría de estas infracciones imprudentes resultan extrañas al médico, y por eso nos vamos a referir aquí solamente al homicidio por imprudencia grave (artículo 142), o por imprudencia leve (artículo 621.1), aborto por imprudencia grave (artículo 146), lesiones imprudentes y lesiones y menoscabos imprudentes ocasionados al feto[465].(artículo 158). Fuera de estos casos, también resultan de aplicación al médico o sanitario otras figuras culposas, como la alteración del genotipo por imprudencia grave (artículo 159.2) o las sustituciones de un niño por otro que se produzcan en centros sanitarios o socio – sanitarios (artículo 220.5), pero de estas últimas nos ocuparemos en otros lugares del presente estudio.

Pese a la escasa trascendencia que el cambio operado en el Código para los delitos imprudentes ha significado para el médico hay que estimar digno de elogio el referido cambio.

El sistema anterior, no sólo estaba desacreditado desde su inicio, en el CP de 1848, sino que la nueva regulación de la cláusula específica para la incriminación de los delitos imprudentes fortalece los principios de legalidad y seguridad jurídica y cumple el de intervención mínima, lo que quiere decir que el Derecho Penal debe ser la *ultima ratio* y castigar sólo lo que sea necesario para el bien común y en los supuestos más graves, que no puedan los otros ordenamientos jurídicos alcanzar eficacia.

464 ABOGACIA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Página 539.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009.

465 En lo Contencioso (STS3ª de 15 de marzo de 2007) son objeto de condena, también, las lesiones al feto causadas por la imprudente acción del médico. La encefalopatía hipóxica-isquémica que presentó un bebé por el retraso en la realización de una cesárea. No se llevó a cabo la citada intervención cuando se detectó el sufrimiento fetal.

Vamos a comenzar destacando que en todas las infracciones imprudentes existe una violación del deber objetivo de cuidado que exigía la acción emprendida por el sujeto, y ha de producirse un resultado, pues no cabe la imperfección de la acción que se da en los delitos dolosos.

Comencemos por el estudio del delito más grave de los que nos ocupan en este apartado, es decir, el homicidio imprudente. En su categoría de delito (artículo 142 del CP) exige la imprudencia grave. Debe estimarse equivalente a la imprudencia temeraria del texto precedente y consiste en la omisión de las más elementales precauciones para prevenir un mal previsible[466] en circunstancias normales.

Es preciso, además, que la muerte sea atribuible a la acción negligente o descuidada del agente.

El homicidio supone la muerte de un ser humano de vida independiente. Su límite inferior se encuentra en el aborto. La mayoría de la doctrina sólo estima el homicidio con la muerte de la persona nacida, exigiendo la separación del claustro materno, si bien, los menos, requieren además, la respiración pulmonar con cese de la placentaria y el corte del cordón umbilical. Finalmente, algún autor estima suficiente la iniciación del parto[467].

El otro límite se encuentra en la muerte, pero determinar su momento no es fácil, pues se trata de un *iter* o proceso. Se suelen citar como datos signos más o menos equívocos, diversos síntomas, pero jurídicamente hay que atender a lo dispuesto en la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, que atiende a la irreversibilidad de las lesiones cerebrales, a la falta de respiración espontánea, ausencia de reflejos cefálicos y electroencefalograma plano.

La Ley distingue[468] entre un homicidio ocasionado por *imprudencia grave* (sancionado con privación de libertad de uno a cuatro años) y un homicidio causado por *imprudencia menos*

466 STS1ª de 15 de noviembre de 2004. La responsabilidad a veces deriva de de la falta de observancia de determinadas normas o precauciones inexcusables:"*…la valoración debe de hacerse a la luz de las normas reglamentarias que exigen una serie de controles y pruebas que en el caso que nos ocupa no pueden considerarse practicadas con la rigurosidad y contundencia necesarias…"*

467 La STS2ª de 23 de octubre de 1996, declara que "biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen".

468 En la reforma operada en el artículo 142 del Código Penal, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30

grave (a la que se atribuye pena de multa entre tres y dieciocho meses). Una interesante peculiaridad es que esta última figura delictiva sólo es perseguible previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal[469].

Se plantea, entonces, la cuestión de cómo valorar la imprudencia, diferenciando grados en su gravedad[470].

Señala el artículo 142 que *"cuando el homicidio fuese cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de tres a seis años".*

González Pernía e Hidalgo Carballal[471] apuntan que: *"…la previsibilidad, objetiva y subjetiva, de la muerte constituye un elemento conceptual del homicidio imprudente. Junto a estos dos elementos son necesarios la producción de un resultado de muerte en conexión causal con la acción imprudente realizada"*

Como todos los delitos que nos ocupan contienen esta especialidad agravatoria, a ella nos referiremos al final.

Vamos a detenernos ahora en el estudio de la pena privativa de libertad para el delito imprudente de homicidio. Esta pena de prisión de uno a cuatro años, si se impone en su

---

de marzo.

469 Artículo 142.2 en su redacción actual.

470 Muy aclaratoria la STS2ª de 22 de febrero de 2005, que recoge: *"la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la "imprudencia" exige:*
a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa.
b) una infracción del deber de cuidado.
c) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta.
d) la creación de un riesgo previsible y evitable
La imprudencia viene integrada por un "elemento psicológico" (que consiste en el poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso) y un "elemento normativo" (representado por la infracción del deber de cuidado)
La imprudencia temeraria (hoy grave), finalmente, consiste en la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar en los actos de la vida ordinaria. Se caracteriza, en suma, la imprudencia grave por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles, así como por la desatención grosera relevante, de la que es exigible a cualquier persona…

471 J. GONZÁLEZ PERNÍA Y A. HIDALGO CARBALLAL *Responsabilidad penal sanitaria en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 118.

mitad inferior, puede quedar en suspenso conforme al artículo 80 del Código Penal, cuando se cumplan las condiciones legales, delinquir por primera vez – no tomándose en cuenta a estos efectos las condenas por delitos imprudentes, ni los antecedentes penales cancelados y que hayan satisfecho las responsabilidades civiles, salvo la declaración judicial de imposibilidad –. El plazo de suspensión es de dos a cinco años.

Basta que concurra una sola circunstancia atenuante para que el Juez o Tribunal no pueda rebasar la mitad inferior fijada en la Ley para el delito que se trate (artículo 66.2 del CP), que, en este caso, son dos años. Si no concurrieran circunstancias, o cuando concurrieran agravantes y atenuantes *"los Jueces y Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia"*[472].

La pena de prisión que no exceda de un año puede sustituirse por arresto de fin de semana (artículo 88 del CP) en la misma sentencia o posteriormente antes de su ejecución. Pero en las penas de prisión de hasta diez años resulta imperativo que los Jueces o Tribunales impongan alguna de las accesorias y referida al médico y otros profesionales la *"inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si estos hubieran tenido relación con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación"*[473].

Pero el CP castiga asimismo a *"los que por imprudencia leve causaren la muerte a otra persona..."*. La sanción es la multa de uno a dos meses. Si bien la imprudencia leve, al igual que la grave, implica una infracción del deber objetivo de cuidado y su separación con la grave no es fácil de determinar, aunque se suele señalar que el deber es el requerido en personas prudentes y no en las demás.

En cuanto a la sanción, consiste en multa de uno a dos meses. La cuota diaria tendrá un mínimo de doscientas pesetas y un máximo de cincuenta mil. Para fijar el importe de estas cuotas se tomarán exclusivamente en consideración la situación económica del reo, deducida

472 Artículo 66.1 del CP.

473 Artículo 56 del CP.

de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo y el Tribunal determinará en su sentencia el tiempo y forma de pago de las cuotas[474].

Con referencia al aborto imprudente, se refiere a él el artículo 146 del CP, según el cual *"el que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.*

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años".

El tipo delictivo del aborto[475] protege la vida humana dependiente, el feticidio en suma. En ese sentido afirman González Pernía e Hidalgo Carballal[476]: *"…se podría definir como la interrupción y finalización prematura del embarazo"* Ya vimos más atrás los límites con el homicidio. Respecto a su límite mínimo, se discute en la doctrina si se protege la vida del concebido en todo caso, o por el contrario, debe señalarse el momento de la protección penal en la anidación[477].

474 Artículo 50.4 y 5 del CP.

475 Aplicable a aquellos supuestos de hecho previstos en la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, por la que se da nueva redacción al artículo 145 del CP y se crea el artículo 145 bis.

476 J. GONZALEZ PERNÍA Y A. HIDALGO CARBALLAL *Responsabilidad penal sanitaria en la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013 Página 127.

477 Asunto éste muy polémico y que motivó un curioso pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. Sentenció la responsabilidad de un facultativo que realizó determinadas maniobras, en impericia profesional, a una gestante que determinaron la rotura del saco amniótico y la posterior pérdida del embarazo, dándose la circunstancia de que la gestación se encontraba en el sexto mes de su evolución. Es curiosa la mención recogida en la sentencia, respecto del alcance del derecho a la vida, en el sentido de que en ausencia de un consenso europeo acerca del comienzo de la vida, el *nasciturus* no es considerado persona directamente beneficiaria del artículo 2 del Convenio. Dice: "…su derecho a la vida, si existe, se encuentra implícitamente ligado al de la madre; no obstante se admiten garantías en beneficio del niño aún no nacido… medidas capaces de garantizar la protección de la vida… y un sistema judicial eficaz e independiente que permita establecer la responsabilidad de los profesionales de la salud". Recoge el criterio de que aun cuando la personalidad jurídica se adquiere con el nacimiento, no significa que el ser humano no deba de ser objeto de protección con anterioridad a ese hecho físico. "Es un principio compartido, recoge, por todos los países miembros del Consejo de Europa, que las leyes adoptadas a nivel nacional para permitir la interrupción voluntaria del embarazo no habrían sido necesarias si el feto no hubiera sido considerado una vida que hay que proteger".

Con relación al tipo imprudente, con imprudencia grave, hay que comprender la conducta del que no observa el deber objetivo de cuidado que se exige a una persona normal o media.

Entienden los tratadistas que la conducta determinante del aborto imprudente ha de estar autorizada por la mujer, por ejemplo, aceptación del transporte en automóvil o de la intervención médica o quirúrgica.

La pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana puede ser sustituida por el Tribunal, previa conformidad del reo, por multa o trabajos en beneficio de la Comunidad. Cada arresto equivale a cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo[478].

Con relación al aborto doloso, distingue el CP el realizado sin consentimiento de la mujer, al que se equipara en sanción el realizado, habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño (artículo 144 CP) y el realizado con consentimiento de la mujer (artículo 145 del CP). Este es el único que interesa aquí, en la medida en que puede afectar al médico.

Dispone el artículo 145 del CP que:

"1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años. El juez podrá imponer la pena en su mitad superior cuando los actos descritos en este apartado se realicen fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley[479], será castigada con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

478 Artículo 88.2 del CP.

479 Una curiosa resolución de la AP. de Madrid, de 2 de febrero de 2012 sobresee en un caso de aborto con consentimiento de la mujer. Hace aplicación retroactiva de la LO 2/2010, de 3 marzo: abortos practicados conforme a la nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo, estando las mujeres con menos de 12 semanas de gestación, habiendo prestado su consentimiento.: *"…Señala el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 17 de septiembre de 2008 (RJ 2008, 5517) , "la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable es una exigencia del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836)). De este mandato constitucional se deduce, sensu contrario, el principio de retroactividad de las*

3. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas respectivamente previstas en este artículo en su mitad superior cuando la conducta se llevare a cabo a partir de la vigésimo segunda semana de gestación".

Por su parte, el artículo 145 bis del CP, prevé que:

"1. Será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de seis meses a dos años, el que dentro de los casos contemplados en la Ley, practique un aborto:

a. sin haber comprobado que la mujer haya recibido la información previa relativa a los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad;

b. sin haber transcurrido el período de espera contemplado en la legislación;

c. sin contar con los dictámenes previos preceptivos;

d. fuera de un centro o establecimiento público o privado acreditado. En este caso, el juez podrá imponer la pena en su mitad superior.

2. En todo caso, el juez o tribunal impondrá las penas previstas en este artículo en su mitad superior cuando el aborto se haya practicado a partir de la vigésimo segunda semana de gestación.

3. La embarazada no será penada a tenor de este precepto".

Señala el catedrático García Rivas[480] que: *"…la tradición jurídica de nuestro entorno ha situado el aborto entre los delitos contra la vida humana…penalizando en mayor o menor medida estas conductas, dependiendo de la concurrencia del consentimiento de la mujer"* Sin embargo ha venido consolidándose el camino normativo a la despenalización del aborto y la consideración de la excepcionalidad de estas conductas, ha abierto complicados cruces del Derecho con la Ética e incluso con la Moral *"El aborto aparece castigado en el código Penal incluso si se practica con el*

leyes penales que favorezcan al reo. Es éste su espacio natural, más que el que ofrece el artículo 25 de la CE cuando proclama el principio de legalidad penal. Así se desprende de reiterada jurisprudencia constitucional de la que son exponentes las SSTC 85/2006, 27 de marzo (RTC 2006, 85), 20/2003, 10 de febrero (RTC 2003, 20).

480 N. GARCÍA RIVAS. *El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida. En la Obra colectiva Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 151.

consentimiento de la mujer, siempre que no concurran las circunstancias previstas en la legislación sobre salud sexual y reproductiva…"

Señala la LOSSR [481] que:

"Podrá interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la embarazada, siempre que concurran los requisitos siguientes:

a. Que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad, en los términos que se establecen en los apartados 2 y 4 del artículo 17 de esta Ley.

b. Que haya transcurrido un plazo de al menos tres días, desde la información mencionada en el párrafo anterior y la realización de la intervención.

Excepcionalmente, podrá interrumpirse el embarazo por causas médicas cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen.

b. Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija.

c. Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

481 Artículos 14 y 15.

Por lo que respecta a las lesiones, por tales en el Derecho Penal debe entenderse todo menoscabo a la integridad corporal o a la salud física o mental de un nacido. El CP no da una definición de lesión, pero este concepto se deduce de sus propios preceptos.

Debemos referirnos tan sólo a las lesiones imprudentes[482] haciendo referencia a las constitutivas de delito, no procediendo ya la mención a las originadas por faltas, al haber sido suprimido el artículo 621 por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de reforma del Código Penal.

Constitutivas de delito y ordenadas, atendiendo a su mayor gravedad, debemos tratar ahora – por su relación con la profesión médica – las siguientes:

i. Lesiones cometidas por imprudencia grave que causaren a otro la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o física. La pena que se impone a consecuencia de ellas es de prisión de uno a tres años (artículo 152.2 del CP), debiéndose tener en cuenta lo dicho antes con relación al homicidio imprudente sobre esta sanción.

ii. Lesiones realizadas por imprudencia grave que causaren pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad. La pena es de prisión de seis meses a dos años. Hay que remitirse, también, a lo dicho sobre el homicidio sobre esta sanción.

iii. Lesiones realizadas por imprudencia grave que causen una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental, siempre que requieran objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, no comprendiéndose por tal la vigilancia o seguimiento del curso de la lesión. La pena es de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. También

482 Son los hechos y su análisis por el juzgador, lo que determina normalmente la valoración del acto criminal como doloso o imprudente. Así en la STS2ª de 5 de diciembre de 2011 se recoge la desestimación de la consideración de conducta imprudente cuando: "…*todos los indicadores objetivos externos que concurren en el caso -un primer enfrentamiento previo; el abandono del lugar y su regreso quince minutos más tarde provisto de un instrumento idóneo para menoscabar gravemente la integridad física de la víctima; el forcejeo buscado por el acusado y el pinchazo propinado a la víctima en el curso del mismo en una zona del cuerpo en la que un arma blanca puede ocasionar daños corporales muy graves- integran un cúmulo de indicios unidireccionales, inequívocos, concluyentes y coherentes que, reforzándose entre sí, evidencian el ánimo lesivo con que actuó el acusado que aparece recogido en la resolución recurrida…*"

debe tenerse en cuenta lo dicho en el aborto imprudente sobre la posibilidad de sustitución de esta pena.

El CP se ocupa, dentro del Libro II, en el Título IV, "De las lesiones al feto", constituido por los artículos 157 y 158, que sancionan, respectivamente, las conductas dolosas y gravemente imprudentes. Sólo nos interesa este último precepto – por su conexión con los facultativos – que dice así:

"El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de seis meses a dos años".

Aunque ciertamente el Título resulte una novedad en nuestra legislación, la conducta se sancionaba antes de la vigencia del CP de 1995, en el Texto Punitivo precedente, y así se comprueba mediante la STS2ª de 5 de abril de 1995, y por las que en ella se citan.

El resultado es causar al feto "una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.

En cuanto a la imprudencia profesional, a la que se refiere el CP tanto en el homicidio (artículo 142), aborto (artículo 146) o lesiones al feto (artículo 158), realizados por imprudencia de esta clase y resultados de los artículos 149, 150, y 147.1, todas las infracciones delictivas se extienden de tres a seis años, uno a tres años, uno a cuatro años y seis meses a dos años, respectivamente.

Resulta absurdo que se señale genéricamente y de forma igual en extensión y efectos para cualquiera de las lesiones examinadas e incluso para las lesiones y menoscabos al feto, que pueden ser de muy diferente clase y efectos. Entendemos por ello que el Juez o Tribunal debe graduar esta sanción diferenciando los tipos de lesión.

Estos preceptos legales preocupan mucho a la profesión médica, porque supone una pérdida temporal del trabajo facultativo (y a veces definitiva) y la pérdida de la retribución o sueldo del médico, sobre todo por la falta de control casacional en muchos casos.[483] El CP no define la imprudencia profesional, como tampoco lo hacía el texto derogado en su artículo 565.

Este concepto agravatorio procede del propio texto originario del CP de 1944, pero circunscrito a las imprudencias cometidas por vehículo de motor. Después, la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 y el Decreto 168/1965, de 24 de enero, lo extendieron a las demás actividades imprudentes.

La STS2ª de 29 de diciembre de 1975 requería, en cuanto al sujeto activo, que realice los actos negligentes en el ejercicio de su profesión, de la cual hace su medio de vida ordinario.

En cuanto a la conducta, debe referirse a una serie de actos que, de manera habitual se practican de ordinario por los profesionales del ramo. Con relación a la culpabilidad, es preciso que el resultado se produzca a consecuencia de una impericia o negligencia[484] incompatibles con la profesión, con una conducta caracterizada por un plus de culpa sobre la temeraria, pero referida a un actuar concretado a los especiales deberes de la profesión. Finalmente, la apreciación de tales criterios ha de hacerse con criterios de relatividad, ponderando en todo caso circunstancias, personas y actividad profesional desarrollada.

La STS2ª de 23 de abril de 1992 (síndrome tóxico), declaró que no se puede limitar ni a las profesiones tituladas ni a la impericia, toda vez que la finalidad del reproche más elevado es precisamente una mayor protección de los bienes jurídicos afectados por actividades que requieren un cuidado especial en su ejercicio.

La STS2ª de 8 de junio de 1994 la definió como un subtipo agravado caracterizado por un "plus" de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto.

483 Vid. Disposición Final Primera del CP.

484 Considerados estos términos en STS1ª de 30 de diciembre de 2004 del siguiente modo: "…La impericia es una forma de negligencia… por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde como deudor negligente del daño causado… Es, en efecto, necesario un juicio de diligencia, que implica la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica con el modelo ideal de conducta exigible…"

Finalmente, la STS2ª de 8 de mayo de 1997, señala que la negligencia profesional se caracteriza por la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que en términos jurídicos se conoce como *lex artis*, lo que conlleva un plus de antijuricidad que explica la elevación punitiva. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado, merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que sólo tiene el sujeto por su especial formación.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su jurisprudencia anterior a la citada, ha administrado esta agravación con suma prudencia y cautela para evitar que se convierta en una consecuencia de la profesionalidad del sujeto y destacando más la concreta actuación del profesional y su desprecio o abandono de las reglas de prudencia exigidas en su actividad.

La situación de nuestros médicos y sanitarios ha empeorado tras la entrada en vigor del actual CP.

En efecto, mientras que en el CP precedente, para la muerte o lesiones a consecuencia de impericia profesional imponía en su grado máximo las penas señaladas en el artículo 565, sustancialmente la de prisión menor, no conminaba como pena independiente la de inhabilitación o suspensión de la profesión u oficio, que presentaban carácter accesorio de la reclusión, prisión y arresto mayor (artículos 45 a 47). Sin embargo, en el momento presente, el homicidio imprudente (artículo 142.3), aborto culposo (artículo 146), las lesiones imprudentes (artículo 152.3) o lesiones o menoscabos al feto de tal clase (artículo 158) cometidos por imprudencia profesional se sancionan, además, con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, con una duración de tres a seis años para el homicidio, uno a tres años para el aborto, uno a cuatro años para las lesiones y seis meses a dos años para los menos cabos lesivos al feto.

Pero en el CP derogado, si se suspendía la pena principal de prisión, su sanción satélite de suspensión no llegaba a cumplirse, ahora, por tratarse de penas acumulativas e independientes, ello no ocurre.

e) Los delitos relativos a la manipulación genética[485]

Bajo la rúbrica "delitos relativos a la manipulación genética", el CP crea cinco nuevos delitos. A saber: la manipulación genética propiamente dicha (artículo 159), la producción de armas biológicas o exterminadoras mediante ingeniería genética (artículo 160), la fecundación no procreativa y la clonación (artículo 161) y la reproducción asistida no consentida del artículo 162), a los que habría que añadir la manipulación de organismos vivos con peligro para la vida, la integridad física, la salud de las personas o el medio ambiente, que se castiga en el artículo 349, dentro del título dedicado a los delitos contra la seguridad colectiva cuya finalidad parece ser el de impedir la vulneración de las garantías legales establecidas en normas administrativas, como la LIB.

Todos estos delitos tienen en común, además de su novedad, el constituir la protección penal, y por ello la más enérgica reacción del ordenamiento jurídico frente a comportamientos ilícitos, en el campo de la ordenación legislativa de la Biotecnología y de la Biomedicina, que se encuentra reguladas por las, también modernas leyes extrapenales sobre Reproducción Asistida[486], y sobre Investigación Biomédica[487], por el camino de convertir en delitos lo que antes sólo eran infracciones administrativas contenidas en el régimen sancionador de las leyes antes citadas.

La tipificación penal de los nuevos delitos expresa, además, el estado de las discusión ética sobre el límite investigador en relación con los bienes jurídicos protegidos por las nuevas formas delictivas, con la paradoja de que, así como siempre, y más en el actual estado de la ciencia genética, los hechos científicos han ido por delante de las normas legales e incluso de la justificación ética, como se ha hecho notar por la doctrina científica, el Derecho Penal acentúa su función preventiva y pretende situarse ahora incluso por delante del avance de la ciencia biológica, pues, algunos de los peligros que se pretenden evitar con la incriminación penal de las conductas hoy típicas, son meramente potenciales.

Quiere decirse que la lectura de los preceptos que, a continuación vamos a analizar, no puede prescindir de la valoración ética, y que tal valoración resulta especialmente difícil cuando

485 Sobre materias relacionadas con reproducción, genética y asuntos afines se pronuncia el nuevo Código Deontológico Médico de 2011, prestando debida atención a estas cuestiones actuales en sus artículos 51 a 57.

486 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

487 Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

se tratan de garantizar, a la vez, la libertad y el progreso de la investigación y la evitación de desviaciones indeseables.

La publicación del Código acaba además con la polémica existente acerca de si los nuevos delitos debían incluirse en él o incorporarse a las Leyes extrapenales a las que sirven de garantía.

El Legislador ha optado por incluir los nuevos delitos en el CP y por agruparlos en un solo título, y esta técnica legislativa ha provocado críticas y malos entendimientos tanto desde el punto de vista médico como jurídico.

Así, desde el punto de vista médico, se pone de manifiesto que se incluyen conductas que no tienen contenido genético, como el delito de reproducción asistida[488] sin consentimiento de la mujer, aunque socialmente se las considere como manipulación genética.

Y, desde la perspectiva jurídica, se ha destacado que esta técnica legislativa plantea problemas de delimitación de las nuevas figuras delicitivas con los tipos del aborto y de las lesiones al feto, e incluso del genocidio, al margen de la dificultad de identificar el bien jurídico protegido por cada una de las nuevas figuras delictivas y, en consecuencia, de dilucidar las conductas que se encuentran incriminadas penalmente y las que constituyen infracción administrativa o son ilícitas.

La cuestión del bien jurídico protegido es, en efecto, una de las más debatidas entre nuestros autores, que rechazan por lo general que el objeto de protección sean las células o su individualidad en sí, o unos supuestos derechos del embrión, o el embrión preimplantatorio, o incluso de la libertad sexual o reproductiva de la mujer, para identificar bienes jurídicos de titularidad colectiva, o para encontrar una combinación de bienes de carácter individual con otros de carácter colectivo.

Para concretar más los intereses jurídicos en conflicto se destaca que están en juego valores y derechos fundamentales, tanto individuales como colectivos. Entre los primeros, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, y el libre desarrollo

488 El Código de Deontología Médica de 2011 contiene un pronunciamiento de interés sobre estas técnicas, ante los nuevos usos que han aparecido de las mismas. En su artículo 56.1 declara que: "Las técnicas de reproducción asistida sólo estarán indicadas como métodos para resolver la infertilidad de una pareja, una vez agotados los procedimientos naturales…"

de la personalidad, que reconoce el artículo 10.1 de la CE, tanto directamente como en cuanto fundamento del orden político y de la paz social especialmente con relación al derecho de igualdad que proclama el artículo 14 de la CE, fundamentalmente en su vertiente de no discriminación por la evidente posibilidad de afectación que algunas técnicas genéticas pueden producir, y con la integridad personal[489] (artículo 15 CE), con la libertad de decisión o autodeterminación (artículo 17 CE) y con la intimidad (artículo 18 CE), y colectivos, como el derecho a la protección de la salud (artículo 43 de la CE) e incluso al fomento de la investigación científica y técnica (artículo 42 CE).

Y es que, como se ha puesto anteriormente de relieve, las conductas prohibidas tanto pueden recaer sobre individuos concretos como trascenderles y afectar a la propia especie humana.

Al hilo de lo dicho se pueden enumerar los siguientes bienes jurídicos protegidos por estos tipos delictivos:

1.- La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético no patológico del ser humano, para garantizar la integridad y diversidad de la especie humana.

2.- La identidad e irrepetibilidad característica de todo ser humano, como garantía de la individualidad y la condición de ser uno mismo distinto de los demás, aceptando la complejidad y variabilidad de la naturaleza humana.

3.- El aseguramiento de la dotación genética doble y con ello de la línea genética masculina y femenina, a lo que pueden añadirse potenciales riesgos para la salud genética del procreado.

4.- La supervivencia misma de la especie humana.

Estas decisiones de protección pueden constituir un medio instrumental para proteger al mismo tiempo valores democráticos basados en el pluralismo y en impedir el dominio de unos seres humanos sobre otros, puesto que es sabido que la indiferenciación, la homogeneidad y la docilidad de los ciudadanos han sido siempre la tentación del Estado totalitario.

489 "Incolumidad", en la terminología de la constitución Alemana

Dicho lo anterior, pasaremos al análisis individualizado de cada uno de los nuevos delitos que estamos estudiando.

El delito que da nombre al grupo, esto es el de manipulación genética, se tipifica en el artículo 159 del CP, que dice así:

"1.- Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2.- Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años".

La acción consiste, por tanto, en manipular genes humanos de manera que se altere el genotipo, habiéndose criticado la excesiva amplitud del tipo delictivo, por un lado, y por otro, su excesiva restricción.

En cuanto a lo primero – su excesiva amplitud – deriva de la falta de distinción entre la intervención en vía somática y en vía germinal, que siempre han tenido distinta valoración ética abarcando manipulaciones con fines de investigación y manipulaciones genéticas en nacidos que, aunque alteren el genotipo, si no producen daños, deberían quedar impunes.

Esta excesiva amplitud de las conductas que podrían ser castigadas con arreglo al vigente CP deriva también de la interpretación del término "genotipo" que, aun siendo más correcta que la de "tipo constitucional vital" que se utilizaba en el Proyecto del Código, no se reduce a las características hereditarias biológicas que pueden manifestarse o no en el sujeto, pero que son transmisibles a su descendencia, puesto que el genotipo no se identifica exclusivamente con el patrimonio genético sino que se encuentra presente en todas las células y en los gametos.

De otra parte, la conducta castigada puede ser excesivamente estrecha – excesiva restricción del tipo - si se toma el término manipulación en su sentido literal, de operar con las manos, puesto que podrían dejarse fuera del delito procedimientos indirectos como las radiaciones

ionizantes y las sustancias bioquímicas etéreas, para incluir sólo las manipulaciones directas con las que se introducen en el organismo células con sus genes modificados.

Esta defectuosa redacción de la conducta castigada plantea problemas de deslinde con los delitos de lesiones y con algunas conductas que pueden ser lícitas al amparo de la LIB.[490]

Por lo que se refiere al límite con el delito de lesiones, la inclusión de intervenciones genéticas en la línea somática, esto es, de ser humano ya nacido, pueden existir alteraciones del genotipo causantes de un daño, que evidentemente también están incluidas en el delito de lesiones.

El delito exige un elemento finalista, es decir, que la finalidad de la manipulación sea distinta de la eliminación o inhibición de taras o enfermedades, y un elemento normativo, que tales taras o enfermedades sean graves, lo que planteará numerosos problemas ante la falta de desarrollo legislativo, y ante la convicción de que la terapia genética debería ser, al menos en principio, lícita.

Es por ello necesario que se cataloguen qué taras o enfermedades han de ser consideradas como no graves, pues sólo así quedará completo el tipo penal.

El delito puede ser cometido por cualquiera, sea o no profesional sanitario.

Sujeto pasivo pueden serlo tanto la persona nacida como el embrión implantado y el feto.

Y el objeto material de la acción, tanto puede ser el cuerpo de una persona como el embrión implantado y el feto, como los gametos y el embrión *in vitro*, viables utilizados en el laboratorio.

Conviene traer aquí la interesante distinción recogida por el catedrático García Rivas[491] de las etapas de la gestación del ser humano (definidas en el artículo 3 de la Ley 4/2007, de investigación biomédica): "*a) Preembrión (embrión constituido "in vitro" y formado por el grupo*

490 I. F. BENITEZ ORTÚZAR, L. MORILLAS CUEVA, J. PERIS RIERA (Coord.) *Estudios jurídico penales sobre Genética y Biomédica. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Mantovani.* Ed. Dykinson. Madrid, 2005, págs. 39 y ss.

491 N. GARCÍA RIVAS. *El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida.* En la Obra colectiva *Tratado de Derecho Sanitario*, dirigida por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 280.

de células resultante de la división progresiva del ovocito, desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. b) Embrión (fase que abarca desde el momento en que el ovocito fecundado de una mujer se encuentra en el útero, hasta que se produce el comienzo de la organogénesis y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación… c) Feto (embrión con apariencia humana y con sus órganos formados que va madurando desde los 57 días a partir del momento de la fecundación…"

El segundo de los tipos delictivos que integran el género que estamos estudiando es el relativo a la utilización de ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, el cual se halla tipificado en el artículo 160 del CP, el cual dice así:

"La utilización de ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a diez años".

Los autores están de acuerdo en que el bien jurídico protegido por este delito es la supervivencia de la especie humana.

La redacción de la descripción de la acción, que es la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, ha planteado también varios problemas interpretativos.

En primer lugar, qué haya de entenderse por ingeniería genética, que es un concepto no definido por el CP, con lo que pueden plantearse también problemas de legalidad.

Se dice, además, que, por un lado, también otros procedimientos distintos de la ingeniería genética pueden producir mutaciones genéticas graves, como las armas bioquímicas obtenidas por procedimientos no genéticos, aunque éstos pueden entenderse también castigados por los delitos penados en el artículo 610 del CP y, por otro, que los productos de la ingeniería genética pueden ser muy peligrosos y no ser necesariamente armas, como la producción de microorganismos dirigidos a la alteración perjudicial de los alimentos o del medio ambiente, con lo que se completarían los tipos delictivos castigados en los artículos 325 y 349 del CP.

Por último, se trata de un delito de resultado cortado, en cuanto que no es necesario para su apreciación la producción de las armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, sino sólo que se utilice la ingeniería genética con tal finalidad.

La acción no requiere que la utilización de la ingeniería genética se produzca sobre genes humanos, sino que pueden ser los de cualquier ser vivo.

No se prevé el castigo de la comisión por imprudencia del resultado prohibido.

Otro de los delitos que integran el género que estamos analizando es el de fecundación asistida no reproductiva, establecido en el artículo 161 del CP, que declara lo siguiente:

"1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

1. *Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad*[492] *incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal".*

Quiero concluir con una consideración, ajena al terreno penal, pero relativa al sensible asunto de células y tejidos humanos y la consideración que merece al Tribunal Supremo. El Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre estableció las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Examinada esta norma por el citado alto Tribunal la declara nula[493] al abordar la regulación de *materia "…que debe por tanto ser regulada por ley, y no por norma reglamentaria…"*

492 Nuestra normativa es una de las más proteccionistas con los menores y se recoge este criterio incluso en los Códigos Deontológicos, así en el Médico de 2011 en sus artículos 13 y 14.

493 STS Sala Contencioso de 30 de mayo de 2014.

f) Los delitos de suposición de parto y de alteración de la paternidad, estado y condición del menor

Si bien el CP de 1973 sancionaba, igualmente, los delitos de suposición de parto y de sustitución de un niño por otro, lo que realiza asimismo el CP vigente , pero existen, sin embargo, entre ambas normativas no pocas diferencias.

Dentro de la figura del viejo artículo 468, referente a la ocultación o exposición de un hijo con ánimo de hacerle perder su estado civil, el vigente artículo 220, si bien se refiere igualmente a la ocultación, ha sustituido el añejo concepto de exposición por el de la entrega a terceros para alterar o modificar la filiación del hijo. Finalmente, presenta también novedad el artículo 221, que sanciona la denominada venta de niños.

Si nos ocupamos aquí de estas infracciones se debe a las posibles implicaciones de los médicos en estas conductas delictivas.

Mientras que en el CP derogado estas conductas se castigaban en el Título XI, referente a los "delitos contra el estado civil de las personas", y dentro del mismo en el Capítulo I, que rezaba: "de la suposición de parto y de la usurpación de estado civil", actualmente se recogen en el Título XII, conocido como "Delitos contra las relaciones familiares" y en su Capítulo II, "De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado y condición del menor.

Establece el artículo 220.1 del CP vigente que:

"La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años".

Consiste este delito en la ficción de un alumbramiento[494], pues exige la simulación de haber dado a luz un niño vivo, no castigándose el mero engaño de apariencia de una gestación, sino vinculándola a su fruto[495].

Aunque el CP no hace expresa referencia al sujeto activo de la infracción, al que realiza la conducta nuclear, en su sentido estricto ha de serlo una mujer.

El sujeto pasivo es el niño cuyo estado civil se altera bien por suponer un niño fruto de un embarazo fingido o cuando siendo la gestación real, se sustituye su fruto nacido muerto por otra criatura viva.

No se precisa que se trate de un recién nacido, bastando que se trate de un nacimiento reciente y no puede velar el niño por su situación en la familia.

Para la consumación del delito basta con la ejecución de los hechos materiales que den apariencia de verdad o ficción, sin precisar la inscripción en el Registro Civil, que de producirse originaría una falsedad documental, compatible con la infracción penal que nos ocupa.

El móvil de la acción suele estar determinado por la codicia, con la finalidad de llevar los bienes de una persona o familia en una dirección determinada, lo que el CP pretende evitar con determinadas cautelas, como el seguimiento del embarazo y la presencia del parto por mujer o facultativo.

494 La sentencia de la AP de la Coruña de 16 de octubre de 2002 recoge un caso muy expresivo: "…Los hechos referidos, en lo que no resultan de documentos públicos o del examen de los indicados en el anterior relato, fueron reconocidos por la propia acusada y corroborados por las declaraciones de su hija y, en lo que le atañe, por las de la médica cuya firma se suplantó. Tales hechos son constitutivos de un delito de suposición de parto y otro de falsificación de certificado médico, previstos respectivamente en los artículos 220,1, y 399,1 en relación con el 397, del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). En efecto el primero consiste en simular por cualquier medio haber dado a luz un niño, sin que, al radicar el núcleo del injusto en la ley vigente en el ataque a los derechos del recién nacido, se precise para su comisión el fingimiento del parto como hecho fisiológico caracterizado por determinados elementos externos; así pues la atribución que la acusada se hace a sí misma del alumbramiento en la declaración presentada en el Registro Civil, al ser idónea para producir la lesión perseguida consuma el delito, con independencia de no haya llegado a extenderse la inscripción de su supuesta maternidad.

495 C. BLANCO LOZANO. *Tratado de Derecho penal español. Tomo II. Volumen 1*. Delitos contra las relaciones familiares. J. M Bosch Editor. Barcelona 2005. Título XII *in fine*.

El Tribunal Supremo ha estimado autores del delito, tanto a la mujer que finge el parto, como al que coopera con los actos necesarios para la representación y el engaño a terceros interesados[496].

El artículo 220. 3 del CP castiga la sustitución de un niño por otro con las penas de prisión de uno a cinco años. Implica mayor gravedad que la conducta de suposición de parto, pues consiste en el cambio de dos niños para formar parte de familias o parientes a los que no pertenecen, o por lo menos con el mismo parentesco.

No se produce este delito, y sí el de suposición de parto, si se sustituye el niño nacido muerto por otro vivo.

Pueden ser autores de la infracción lo mismo los padres que los extraños y sujetos pasivos de los mismos cuyo estado civil se altera. Ha de tratarse de niños, no precisándose que se trate de recién nacidos, pero sí de edad tierna que no puedan tener una conciencia de las familias a las que pertenezcan.

Asimismo, se tipifica penalmente la ocultación o entrega de un hijo para modificar su filiación.

En efecto, con la misma pena que la suposición de parto se sanciona *"al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación"*.

En este delito puede ser sujeto activo uno o ambos padres, así como la persona que lo recibiere con la finalidad expresada en el precepto penal.

Sujeto pasivo debe ser el hijo o menor que no sea capaz de identificarse por su situación.

El momento de la consumación del delito se adelanta a la entrega de terceros con la finalidad descrita de alterar o modificar su filiación.

496 Los supuestos de suposición de parto, ocultación o entrega a terceros de un hijo y sustitución de un niño por otro, se encontraban penalmente previstos; la novedad del CP vigente consiste en la imposición a los ascendientes de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad y la punición, en el campo de la imprudencia grave, de las sustituciones de un niño por otro que se produjesen en centros sanitarios.

El CP añade, a las penas indicadas anteriormente, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendientes supuesto, ocultado, entregado o sustituido y, en su caso, sobre el resto de los hijos o descendiente por tiempo de cuatro a diez años para los ascendientes por naturaleza o adopción que cometieren los hechos expresados con anterioridad a que se refieren los números 1 al 3 del artículo 220 del CP.

Interesa, a continuación, ocuparnos de una novedad existente en estos tipos delictivos en el CP actual, que se refiere a las sustituciones de un niño por otro que se produjeren en centros sanitarios o socio – sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, que serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

Los cambios involuntarios de niños en los centros de maternidad no resultan ni excepcionales, ni siquiera extraños por su rareza y de ello nos dan cuenta, en ocasiones, los medios de comunicación social. Para evitar tales involuntarios errores se ha propuesto la toma de la huella plantar del recién nacido.

Añade el CP que el educador, facultativo, autoridad o público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas – que hemos examinado y también las del artículo 221, que veremos después – incurrirá además de en la pena señalada en *"la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de dos a seis años"*.

Por facultativo entiende el CP a los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio – sanitaria (artículo 222 del CP).

Asimismo, la compraventa de niños es una figura penal totalmente nueva en el CP actual, hallándose la misma tipificada en el artículo 221 que declara:

"1.- Los que, mediante compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción[497]*, con la finalidad de establecer una relación análoga*

497 La AP de Murcia en su sentencia de 30 de septiembre de 2011 configura este delito en sus elementos circunstanciales definitorios de la conducta: "…*encontrándose en la Calle Mayor de la localidad de Alcantarilla (Murcia), ofrecieron en venta a su hija menor de cinco meses de edad a una señora que se encontraba en el mismo lugar, solicitándole 5.000 euros, al tiempo que le manifestaban que la querían vender porque tenían cuatro hijos más y no les podían dar de comer, teniendo toda la documentación respecto de la menor en regla…*

a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2.- Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiere efectuado en país extranjero.

3.- Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años".

En este delito se castiga la denominada compraventa de niños, la entrega mediante compensación económica, al margen de los procedimientos legales, de un niño a otra persona, para establecer una relación análoga a la de filiación.

Sujeto pasivo ha de ser el menor de dieciocho años y el activo puede ser cualquiera. Se castiga también al que recibe al menor y al intermediario y ello aunque el delito se ejecute en el extranjero.

La agravación del artículo 222 del CP, referente al educador, facultativo, autoridad y funcionario público también se aplica a esta infracción penal.

g) Las agravaciones al facultativo en los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y blanqueo de dinero

El Capítulo III del Titulo XVII del CP trata de los delitos contra la salud pública dentro de la rúbrica, más general, de los delitos contra la seguridad colectiva y de él nos interesa destacar los tipos básicos del denominado delito de tráfico de drogas, que se tipifica en el artículo 368 del CP y el delito de tráfico de precursores del artículo 371 del mismo Código, mucho más moderno en nuestro Derecho Punitivo, ya que fue introducido en el CP de 1973 por la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre.

No obstante la importancia de este delito en la práctica forense, son escasísimos los casos en los que se ha condenado a un médico, o personal sanitario, por alguno de estos delitos.

Con respecto al Código precedente las novedades son mínimas, aunque de cierta importancia, como vamos a ver inmediatamente, por lo que se refiere a la agravación de las penas para los médicos.

i) El delito de tráfico de drogas

El artículo 368 del CP, con redacción prácticamente idéntica al artículo 344 del Código derogado establece:

"Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos".

La conducta castigada incluye cualquier acto que suponga una contribución al consumo de droga, cualquiera que sea la intervención del culpable en el ciclo económico de su distribución.

En consecuencia, quedan comprendidos tanto los actos de producción, cultivo, fabricación y elaboración como los que se pueden considerar estrictamente como de tráfico, venta o comercio en general, incluso la mera posesión para la venta, y el transporte, y los actos de favorecimiento o facilitación, como pudiera ser la promoción, la oferta, la propaganda y la cesión a título gratuito para favorecer el consumo.

La numerosísima jurisprudencia generada alrededor de este delito sostiene los mismos criterios de amplitud de las conductas incluidas en la tipificación penal e incluye la compra – venta o la permuta y la donación, en este caso cualquiera que sea la intención del donante, considerando actividades de facilitación la compra de drogas por encargo o la búsqueda de clientela, y destacando que para la posesión no es necesaria la tenencia material, sino que basta la

disponibilidad de la sustancia como en los casos de venta de droga por correo, concepto que sirve también para incriminar a los jefes o encargados de las organizaciones.

El siguiente elemento del tipo, objeto material del delito, son las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, concepto jurídico que no se define en el Código Penal, pero sí en los Tratados Internacionales que contienen la lista de las mismas, anexas al Convenio Único de Estupefacientes de las Naciones Unidad, de 30 de marzo de 1961, que motivó la Ley de 8 de abril de 1967, el Convenio Único de Estupefacientes de 30 de marzo de 1961, modificado por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972, y el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, y en diversas Leyes Especiales, de entre las que hay que destacar la LGURMPS, y la LPAMS. Otras referencias sobre las drogas se incluyen en las disposiciones sobre receta y tratamientos de deshabituación con metadona.

Entre las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, distingue el CP aquéllas que causan grave daño a la salud y las restantes. La doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha incluido entre las primeras a la heroína, la cocaína, el ácido lisérgico y, recientemente, las llamadas drogas de diseño (píldora del amor, éxtasis, eva, speed, adán..., como derivadas de las anfetaminas) pareciendo decantarse definitivamente por considerar a éstas como drogas de peligro.

En cambio, el hachís, la marihuana, la grifa y, en general, los derivados del cáñamo índico no se consideran drogas que causen grave daño a la salud; tampoco se ha considerado como tal al flumitracepan.

El tipo contiene, además, un elemento normativo, ínsito en las palabras "consumo ilegal", de suerte que es preciso que los actos de cultivo, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento, facilitación o posesión carezcan de autorización, o que el consumo se realice al margen del uso médico legítimo.

La pena privativa de libertad se ha agravado en estas conductas con relación al CP derogado, mientras que la pena de multa deja de ser fija para variar en proporción del valor de la droga.

El artículo 369 del CP actual establece los tipos cualificados, al disponer que se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado y multa del tanto al cuádruplo del valor de

la droga u objeto del delito en determinados casos, del que nos interesa en especial, por sus relación con los médicos, el contenido del apartado 8º, es decir, cuando:

"El culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo".

No cabe duda que los médicos son facultativos a los efectos de este artículo, en la medida en que, para el ejercicio de la profesión, se requiere un título universitario expedido por una Facultad.

Ahora bien, la diferencia más importante de esta agravante con relación al CP derogado, es que no basta con que el culpable sea un facultativo, sino que es necesario, además, que obre con abuso de su profesión, oficio o cargo, como había sido reclamado por la doctrina, que estimaba injusto que una persona que ostentase simplemente la cualidad de facultativo, pero que cometiera delito al margen de su ejercicio profesional, pudiera, por este solo hecho, ser castigada con las penas superiores, solución que incluso ya había adelantado la jurisprudencia[498].

Además de esta agravación específica para el facultativo, pueden tener importancia las agravaciones que consisten en facilitar la droga a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos o introducirla y difundirla en centros asistenciales (número 1º del artículo 369), y la que consiste en facilitar la droga a personas sometidas a tratamiento de deshabituación o rehabilitación (número 4º del artículo 369).

Por último, el artículo 370 contiene también una agravación cuando las conductas sancionadas sean de extrema gravedad, agravación que consiste en la imposición de la pena privativa de libertad superior en grado y multa del tanto al séxtuplo del valor de la droga, pudiéndose, además, decretar la disolución de la organización o asociación o clausura definitiva de los locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años, o la prohibición de realizar aquellas actividades en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito por tiempo no superior a cinco años.

498 Cuando fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, se exige que el delito se realice en el ejercicio del cargo profesional u oficio (SSTS2ª de 11 de octubre de 1994 y 24 de febrero de 1995).

Con relación a dicho artículo 370 del CP, pueden llevarse a cabo las siguientes precisiones jurisprudenciales:

- La existencia de un caso de extrema gravedad será de apreciar cuando las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho superen lo que, según la experiencia, es habitual y de ello sea posible deducir un especial merecimiento de pena superior al de los casos agravados por la notoria importancia. En este juicio se debe tomar en cuenta, naturalmente, la cantidad de droga manipulada, pero también las otras circunstancias que puedan demostrar en el caso concreto que, además de la cantidad, el hecho revista una gravedad pronunciada. En la concreción de estos aspectos generales, caracterizadores de la extrema gravedad, los precedentes jurisprudenciales han sido particularmente exigentes en los casos en los que solamente se ha considerado la cantidad de drogas que no causan grave daño a la salud (STS2ª de 14 de marzo de 1995).
- Lo difícil es concretar qué elementos (objetivos y subjetivos) han de tenerse en consideración para conformar esa "extrema gravedad". En general podemos decir que cualesquiera que pudieran ser constitutivos de una reprochabilidad en grado extremo pueden servir para definir el concepto que aquí examinamos: el criterio de la cantidad ha de ser considerado imprescindible; otro criterio para la valoración de la "extrema gravedad" puede ser el de que concurran en el supuesto varias de las conductas mencionadas en el artículo 369 del CP; otro elemento que puede determinar un mayor reproche social contra estas conductas puede ser utilizar elementos especialmente preparados para este tráfico ilícito, como un remolque frigorífico preparado para el transporte de fruta, en el que se había construido un departamento aislado donde se ocultaba la mercancía prohibida; ha de tenerse en cuenta el papel que cada acusado desempeña en el hecho; y otro criterio es si se actúa en interés propio o al servicio de otra persona para excluir de tal extrema agravación a éstos últimos (STS2ª de 19 de junio de 1995).
- También cuando la cantidad de droga poseída por el autor puede alcanzar a un número muy alto de consumidores o constituir una fuente de aprovisionamiento de larga duración de la sustancia estupefaciente de altísima potencialidad lesiva de la salud (SSTS2ª de 10 de noviembre de 1994 y 19 de enero de 1995).

ii) El delito de tráfico de precursores

El artículo 371 del CP establece:

"1.- El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el Cuadro I y Cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines[499], serán castigados con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2.- Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2".

También la redacción de este artículo es prácticamente idéntica al Texto del CP derogado, del que únicamente varía la pena para agravar en buena medida la privativa de libertad, pues aunque el límite superior permanezca en los seis años, el inferior pasa de seis meses y un día a tres años, y en cuanto a la de multa, para abandonar el sistema de multa fija y adoptar el de

499 Las circunstancias definen con claridad este delito en sentencia de 16 de diciembre de 2011 de la AP de Murcia*: "…Autorizada la entrada y registro en dicho domicilio, por auto dictado por el Juzgado de Instrucción Número Tres de Cartagena de 17 de enero de 2008, se intervinieron seis teléfonos móviles, dentro de un bolso un recorte circular y un rollo de papel de precinto, caja de guantes de látex y dos comprimidos; en la cocina un bote con sustancia blanca, rollo de bolsas transparentes, un microondas, un aspirador, un colador y varios recipientes de plástico y una bolsa con sustancia blanca; y en el patio una mochila azul con un tarro de plástico, dos etiquetas de ácido salicílico y bote con sustancia; en una habitación contigua cuatro mascarillas, un gato hidráulico, un rollo de papel de aluminio y otro plástico, bolsas de plástico, adhesivo, dos planchas metálicas unidas con papel adhesivo formando una "L" invertida con restos de cafeína, garrafa de 25 L, espátula y batidora en las que, transcurridos algo más de dos años desde su intervención, fueron hallados unos mínimos restos de MDMA, hornillo con papel de aluminio y un delantal de grandes dimensiones, entre otros efectos..."*

la multa proporcional al valor de los géneros o efectos que constituyen el objeto material del delito.

Se trata de castigar con este delito los actos preparatorios del delito ya examinado de tráfico de drogas, tráfico que se refiere aquí a los denominados "precursores", es decir, aquellos equipos, materiales o sustancias que se utilizan en el cultivo, producción y fabricación ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, entendiendo por tales las enumeradas en la Convención de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, previéndose su conexión con los futuros Tratados de la misma materia.

La agravación para el facultativo se establece en el artículo 372 del CP y consiste en que, además de las penas que corresponden por la realización del delito, se le impondrá la de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años y la de inhabilitación absoluta de diez a veinte años si es autoridad o agente de la misma en el ejercicio de su cargo.

No hay duda de que el término "facultativo", también contenido en este precepto penal, abarca a los médicos, ya que el CP dice expresamente que a los efectos de este artículo *"se entiende que son facultativos los médicos..."*.

iii) Disposiciones comunes a los artículos anteriores

El actual CP dedica los artículos 373 a 378 a dictar disposiciones comunes a los dos tipos delictivos que hemos analizado. Muy brevemente expuestas, tales disposiciones se refieren:

- Al castigo de la provocación, la conspiración y la proposición para cometer estos delitos, lo que no es sino simple consecuencia de la regla general del CP que no considera punibles la provocación, la conspiración y la proposición para delinquir más que en los casos previstos por la Ley.
- Al comiso de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los materiales y sustancias precursores y los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento

para la comisión de los delitos o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidos, cualesquiera que sean las transformaciones que se hayan podido experimentar.

A fin de garantizar la efectividad del comiso, la autoridad judicial podrá acordar su aprehensión y depósito desde las primeras diligencias y su utilización provisional por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.

- A la reincidencia internacional, en la que aplicando el principio de solidaridad universal en la represión del tráfico de drogas, se admite que las condenas de Jueces y Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza producen los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho Español.
- Al privilegio de la imposición de la pena inferior en uno o dos grados a las que corresponda, siempre que el culpable haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado con ellas activamente, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.
- A los criterios para determinar la cuantía de las multas, disponiendo que el valor de la droga, géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener.
- Y en cuanto a la responsabilidad civil y las costas del delito declarando que los pagos que se efectúen por el penado se imputarán, por el orden siguiente, a la reparación del daño causado y la indemnización de daños y perjuicios, a la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa, a la multa, a las costas del acusador particular o privado cuando en la sentencia se impongan a su favor, y a las demás costas procesales, incluso las de defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

iv) Blanqueo de dinero

El artículo 301 del CP castiga, como tipo agravado del delito de blanqueo de dinero al que adquiera, convierta o transmita bienes sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave o realice cualquier acto para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas[500], y la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre los bienes o propiedad de los mismos.

Si el delito es cometido por facultativos, el artículo 303 del CP menciona, entre ellos, especialmente a los médicos, se impone además la pena de inhabilitación especial para cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años, que es de diez a veinte si el hecho se comete por autoridad o agente de la misma.

3. Culpa civil y culpa penal

a) Distinción entre culpa civil y culpa penal

Hay que tener en cuenta que la mayoría de las figuras delictivas en las que pueden incurrir los profesionales de la medicina son susceptibles de comisión culposa.

500 STS2ª de 16 de marzo de 2012. La tenencia de bienes en poder de los acusados no supone presunción de que aquellos han sido obtenidos con el beneficio del tráfico ilegal de drogas o estupefacientes al que se declaró probado que se dedicaban: "…*razona sobre los bienes existentes en poder de Fernando , y sobre su origen, con apoyo en la documentación incautada, y llega a la conclusión de que los mismos no podrían ser el resultado de la actividad comercial regular, a la que aquel diría dedicarse… antes de verificar la consistencia o falta de consistencia de tal línea argumental, se impone el examen de los hechos, a fin de comprobar si en ellos existe o no base suficiente para estimar bien aplicado el precepto de referencia, que es de lo que, por la naturaleza del motivo, realmente importa.*
Pues bien, por sorprendente que parezca, y realmente lo es, en los hechos -más allá de las dos operaciones de menudeo aludidas (por importe de 30 y 50 euros, respectivamente)- no hay datos mínimamente sugestivos de que Fernando hubiera mantenido una dedicación a la venta de cocaína lo bastante rentable para generar activos patrimoniales de alguna consideración…"

Delimitar cuándo existe la infracción culposa, cuál debe ser la conducta del facultativo para evitar incurrir en la misma, son cuestiones del mayor interés, y las que de hecho llegan, con mayor frecuencia, a conocimiento de nuestros Tribunales.

Determinadas profesiones cualificadas por su especialización y preparación técnica, cuentan para su ejercicio con unas reglas que, en consonancia con el estado del saber de esa ciencia, marcan las pautas dentro de las cuales han de desenvolverse los profesionales. Esto es lo que, en la parte precedente, hemos denominado *"lex artis ad hoc"*.

Al mismo tiempo, estos profesionales – y particularmente el médico – han de decidir cuáles de esas reglas y procedimientos, y cuáles de esos conocimientos adquiridos en el estudio y la práctica son aplicables al paciente cuya salud les ha sido encomendada.

Precisamente, por la repercusión directa e inmediata de la aplicación de aquéllos en la salud del enfermo, y por el hecho de que no siempre pueden garantizar el éxito de sus efectos, en ocasiones el facultativo se encuentra en la situación de tener que decidir si los aplica o no por razón de los graves riesgos que puede entrañar para su paciente.

Si consideramos que todo esto entra dentro de los que podemos llamar deberes de cuidado inherentes al ejercicio de su actividad, es necesario delimitar en qué consisten exactamente y hasta dónde llegan esos deberes. Con ello llegamos también a un problema vital – y previo a lo anterior – en los delitos culposos, como es establecer cuál es el concepto dogmático del tipo en estos delitos, y cuáles son los elementos que lo integran, pues de ello dependerá en gran medida la concreción de la responsabilidad penal.

Por último, hay que señalar, y ello habrá que tenerlo constantemente presente en el estudio de las infracciones culposas, que no siempre que se produce un perjuicio en la salud del enfermo, como consecuencia de la actuación del médico, habrá lugar para sustentar una responsabilidad criminal del mismo, pues ésta sólo puede constituirse cuando concurran todos los elementos del tipo, siendo posible que la eventual responsabilidad tenga que exigirse exclusivamente por la vía civil, tenga origen contractual o extracontractual: *"las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos y de los actos y omisiones ilícitos en los que intervenga cualquier género*

de culpa o negligencia"[501]. No obstante, la acción penal lleva consigo también la civil por la responsabilidad de esta índole que se derive del delito[502].

Así pues, junto con los criterios de exigencia de responsabilidad civil del médico – analizados en la parte anterior – existen otras posibles formas de responsabilidad que pueden tener para el mismo unos resultados patrimoniales verdaderamente desastrosos. Nos estamos refiriendo a la responsabilidad penal del médico y, precisamente por esta razón, ésta es la vía que más suele interesar ejercitar al perjudicado por la acción médica, es decir, al paciente o a sus herederos, por el paralelo beneficio económico que puede llegar a obtener, consiguiendo así una satisfactoria compensación por el daño producido.

Vemos así que, en nuestro Ordenamiento Jurídico existen, por un lado, hechos ilícitos penales (infracciones criminales, delitos dolosos o culposos), y, por otro, hechos ilícitos civiles contrarios al Derecho Civil, como nos recuerda el propio CC en su artículo 1902. Sin olvidar otros tipos de responsabilidad médica como los que pueden derivarse de los ilícitos administrativos, o del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración Pública para la que prestan sus servicios.

Si nos centramos ahora en los ilícitos imprudentes, podemos comprobar que la culpa civil y la culpa penal tienen algunos puntos de coincidencia, como pudieran ser la exigencia de un resultado perjudicial o dañoso (para el bien jurídico protegido, esto es, para la salud del paciente), acción u omisión que no responde a los deberes de cuidado, nexo causal entre ambos. Sin embargo, sus diferencias, al menos en un plano teórico, aparecen bien claras y delimitadas:

- La culpa penal se caracteriza por su tipicidad, al tener que encontrarse descrita la conducta prohibida en la ley penal, lo que no ocurre con el mismo rigor en la culpa civil.
- Las consecuencias jurídicas en una y otra son distintas, pues la culpa penal lleva consigo el castigo de tal conducta con la imposición de una pena, mientras que la civil se conforma con el resarcimiento o compensación del daño.

501 Artículo 1089 del CC.

502 Artículo 110 del CP de 23 de noviembre de 1995 y artículo 1092 del CC.

- Quizá son más importantes, no obstante, las diferencias de índole cuantitativa, en cuanto que la infracción criminal es más grave, y exige, como nota más propia, la vulneración de ciertos deberes que rigen dentro del ámbito social de que se trate.
- Y, sobre todo, dentro del terreno de la responsabilidad, en cuanto que la penal es estrictamente personal, es decir, que se basa en el acto propio realizado u omitido, sin que sea susceptible de transmisión a otros, mientras que la civil puede no serlo; en numerosos aspectos o sectores de la vida social y, desde luego, en el profesional médico, es posible derivar una responsabilidad civil de actos u omisiones ilícitos de un tercero.

De todas formas, y a la vista de nuestro Derecho Positivo, resulta difícil, en la práctica, marcar una línea divisoria clara entre la culpa penal y la civil, al ser la primera muy amplia en su límite inferior.

Las anteriores afirmaciones no impiden, sin embargo, resaltar las peculiaridades que presenta la culpa civil en nuestra legislación. Mientras que en otros países (por ejemplo, Alemania), [503] la culpa civil se basa en la mera infracción del deber objetivo de cuidado, en nuestro país, la doctrina civilística considera que consiste únicamente en la infracción de un deber subjetivo de cuidado.

Por otro lado, la característica de la tipicidad que incumbe a la culpa penal, conduce también a la conclusión de que existirán conductas negligentes que serán tributarias de la culpa civil, pero no penal, si las mismas no "encajan", es decir, no se adecuan al tipo de infracción culposa.

Según quedó dicho, la responsabilidad civil se produce cuando ha habido culpa o negligencia por parte del autor del resultado dañoso, en conformidad con la concepción jurídica tradicional de la misma y, asimismo que, en la actualidad, se tiende hacia la objetivación de la responsabilidad civil en la medida en que la obligación de resarcimiento surge únicamente de la constatación del nexo causal entre el agente y el resultado dañoso producido, con independencia de presencia o no de intención o de negligencia.

503 Véase al respecto las referencias a la doctrina alemana por parte de V. MÚRTULA LAFUENTE. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo.* Ed. Dykinson. Madrid. 2006. Pág. 189.

Esta dirección aleja aún más las premisas de partida de la responsabilidad civil en relación con la penal. Hay que advertir, de todas formas, que el sistema de responsabilidad objetiva sólo se había establecido expresamente en alguna legislación o reglamentación especiales, que regulaban determinadas actividades muy concretas (tráfico motorizado, energía nuclear, navegación aérea...). La jurisprudencia ha ido introduciendo modificaciones en la contemplación de la responsabilidad subjetiva – que rige teóricamente en los demás sectores de la vida social – que han marcado aún más la inclinación a favor de la responsabilidad objetiva: la inversión de la carga de la prueba[504]en relación con actividades generadoras de un riesgo elevado, a la vez que un beneficio en quienes las realizan en el sentido de que el que produjo el daño deberá probar que se condujo en su actuación con diligencia, prueba que correspondería aportar en principio al demandante o perjudicado[505] , lo que implica una presunción de culpa en cuanto al cuidado o diligencia aportados en su actuación, se estima que si el daño se produjo hay obligación de resarcir, pues las medidas de cuidado adoptadas, aunque pretendieran evitar el daño, aparecen como insuficientes[506].

Es conveniente precisar que la valoración de la prueba corresponde efectuarla a los tribunales de instancia, como órgano jurisdiccional próximo al objeto del litigio. Así se ha pronunciado repetida jurisprudencia de la cual se aporta como muestra una reciente sentencia[507] en la que se recoge que: "…*constituye jurisprudencia inconcusa de este Tribunal de casación, que la valoración de la prueba ha de quedar atribuida a los Tribunales de instancia, que por estar en contacto directo del material probatorio del proceso, están en mejores condiciones para realizarla. De ahí que la errónea valoración de la prueba no constituye motivo de casación, si bien se viene*

504 SCAAN de 17 de diciembre de 2003. Es preciso destacar que la obligación de informar por escrito es menor cuanto más necesaria es la intervención. La citada Sentencia analizaba el caso de un legrado como única posibilidad para extraer los restos del feto, actuación perfectamente conocida y protocolizada.

505 Tesis que aplica el principio general de que quien afirma ha de probar y que tiene fuerte arraigo en nuestra jurisprudencia: SSTS1ª de 13 de julio de 1987, 12 de julio de 1988, 7 de febrero, 6 de junio y 6 de noviembre de 1990, 8 de octubre de 1992, 2 y 15 de febrero, 4 y 23 de marzo de 1993, 29 de marzo, 25 de abril, 12 de julio y 14 de noviembre de 1994, 16 y 20 de febrero de 1995, 10 de febrero, 8 de abril, 1 de junio, 25 y 31 de julio, 23 de septiembre y 10 de diciembre de 1996 y 20 de junio y 10 de noviembre de 1997, por ejemplo.

506 Es ilustrativa del resarcimiento por riesgo la STS1ª de 27 de abril de 1981, según la cual no cabe prescindir totalmente del sistema de responsabilidad por culpa: "la apreciación más objetiva de la culpa extracontractual propugna la inversión de la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a que acredite que en el ejercicio de sus actos ilícitos obró con toda la prudencia y diligencia precisa para evitarlos, y que tiene su fundamento en el principio de responsabilidad objetiva, basada en el mero riesgo o peligro creado, que hace que el daño causado sea el resultado de una causalidad física, con absoluta abstracción del factor psicológico de culpabilidad del agente causante del mismo. Así, pues, la teoría de la responsabilidad objetiva se acepta de forma moderada y sin excluir en modo alguno el estricto principio de la responsabilidad por culpa".

507 STS, Contencioso Administrativo, de 6 de mayo de 2014.

admitiendo que cuando la valoración de la prueba realizada por los Tribunales pueda ser calificada de arbitraria, ilógica o irrazonable, puede hacerse valer en casación, por la vía oportuna, como una vulneración del derecho fundamental a la tutela que reconoce el artículo 24 de la Constitución, en el que se considera incluido el derecho a la prueba como una de sus manifestaciones…"

El CP[508] establece que en alguno de los supuestos en que el autor quede exento de responsabilidad criminal, por concurrir una de las causas de exención de la responsabilidad de esta índole, previstas en el artículo 20 del CP, no se comprende la eliminación de la responsabilidad civil, que deberá hacerse efectiva con sujeción a las reglas que el propio CP determina.

En relación con la actividad del médico, tiene importancia una de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal[509], es decir el estado de necesidad.

El médico puede quedar amparado por esta eximente en el caso de que haya tenido, por ejemplo, que atender a un accidentado en carretera o en otra situación similar, y por tal motivo haya lesionado algún otro bien jurídico (por ejemplo, haya sustraído un vehículo para trasladar al accidentado, o tomado prendas u otros objetos para atender al paciente).

En estas situaciones el médico no responderá civilmente de estos daños que hubiera podido originar, sino las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubieran reportado, esto es, el propio paciente o accidentado.

En orden al estado o situación de necesidad se entiende, por la doctrina, que en realidad no hay una responsabilidad civil en sentido estricto, porque el obligado no es el que actuó (el médico) sino el beneficiario de la actuación, y la obligación de resarcir no está en función del daño causado – condición básica para la exigencia de responsabilidad civil – sino del beneficio obtenido, con el fin de evitar en estos casos un enriquecimiento injusto. La inexistencia de auténtica responsabilidad civil por la concurrencia de la eximente de estado de necesidad en Derecho Penal, ha llevado a la conclusión a los civilistas de que el estado de necesidad en Derecho Civil – supuestos de hecho dañosos no constitutivos de infracción criminal – opera también como causa de justificación, eliminando igualmente la responsabilidad civil.

508 Aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

509 Eximente ésta mencionada en el apartado 5º del artículo 20 del CP.

Hemos visto que puede existir culpa civil sin que, al mismo tiempo, concurra la culpa penal. No es posible, sin embargo, al menos en un plano teórico, la afirmación inversa: que exista culpa penal, pero no culpa civil. El artículo 116 del CP lo declara taxativamente: *"toda persona criminalmente responsable de un delito*[510] *lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios..."*.

a´) Clases de responsabilidad civil según la naturaleza del hecho ilícito

En el ámbito de la medicina privada, tiene declarado el Orden Jurisdiccional Civil que la responsabilidad puede surgir como consecuencia del incumplimiento de un contrato.[511] Es, por tanto, necesario que exista un contrato o una relación contractual y que el perjuicio irrogado se haya producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones establecidas en el contrato.

Frente a ésta responsabilidad contractual, en el ámbito de la medicina pública, nos encontramos con la llamada responsabilidad extracontractual, en la cual el daño supone la vulneración de un deber general de conducta, según el principio de "no dañar a otro" *("alterum non laedere").* Aunque en principio implica la no existencia de una relación contractual, puede decirse hoy que surge sin consideración a las posibles relaciones previas (contractuales o no) que hubieran podido ser establecidas entre dañador y perjudicado.

Tiene, pues, esta última clase de responsabilidad su origen en un hecho ilícito. Este hecho ilícito puede ser constitutivo de infracción criminal, ya que, según hemos visto antes, la responsabilidad criminal implica también, en principio, la civil. Pero también puede derivarse de hechos no punibles, no castigados en el CP. Esta es la que, en sentido estricto, se conoce como responsabilidad extracontractual o aquiliana. [512] Ambas son recogidas por una normativa distinta, al disponer al efecto el CC que *"las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas*

510 En la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, decía "de delito o falta".

511 Téngase en cuenta que, conforme al artículo 90 LGS, las Administraciones públicas sanitarias, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas. Y, en base a ello, el personal de los centros sanitarios privados, concertados con el Sistema Nacional de Salud, son responsables civilmente de los daños y perjuicios que produzcan a los pacientes que les son remitidos por los Servicios de Salud, y todo ello sin perjuicio de que, asimismo, puedan exigir la responsabilidad patrimonial del Servicio de Salud que tiene la obligación de atenderlos, por haber optado por derivarlos a un centro concertado en lugar de atenderlos en un centro sanitario propio.

512 Así denominada por encontrarse su origen en la antigua *Lex Aequilia* de los romanos.

se rigen por lo dispuesto en el Código Penal"[513] y que *"las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la Ley, quedarán sometidas a lo dispuesto en el Capítulo 2º del Título XVI de este Libro"* [514]. Así que son aplicables, respectivamente, el CP (artículos 109 y siguientes) y el CC (artículos 1902 y siguientes).

Este es, por consiguiente, el camino a seguir para su deslinde, y ello a pesar de la amplitud de términos con que aparece regulada la responsabilidad civil en el artículo 1902 CC, que podría permitir pensar que abarca también la que se deriva de delito o falta. En la situación normativa actual, al haberse suprimido la categoría de las faltas por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, debemos entender el origen de la responsabilidad civil, desde el terreno penal, en las infracciones penales (delitos en sus distintas categorías de gravedad). Al no haber sido objeto de reforma el Código Civil en estas menciones, sin embargo, deben ser hechas en su redacción actual (delitos y faltas).

Sin embargo, el artículo 1902 del CC hay que entenderlo, por el contrario, como una cláusula general, aplicable cuando el daño susceptible de reparación no sea regido por otras disposiciones, como las que regulan las obligaciones nacidas del incumplimiento de un contrato, de delito o falta[515]. Esta normativa entrará también en juego, como podremos ver más adelante, cuando medie sentencia penal absolutoria o se haya sobreseído la causa. Hay que tener en cuenta que puede quedar excluida la culpa penal por no apreciar los Órganos Judiciales de lo Penal en la conducta del causante del daño negligencia punible, pero, en cambio, existir culpa civil a juicio de los Órganos Judiciales de lo Civil.

Este desajuste entre la medida de diligencia exigida por unos y otros Órganos Judiciales encuentra su explicación en que los Tribunales Penales efectúan una valoración más flexible de la diligencia, pues a ellos les incumbe principalmente la imposición de una pena, si llegan al convencimiento contrastado de la existencia de un delito, mientras que los Civiles persiguen la compensación, siempre que sea posible, del daño producido por el perjudicado. Esto se comprende mejor si se recuerda lo dicho más arriba sobre las características de la culpa civil (la

513 Artículo 1.092 del CC.

514 Artículo 1093 del CC.

515 Categoría de infracción penal, esta última, suprimida por la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal.

diferencia entre ambos ilícitos es cuantitativa, no sustantiva o material) y la tendencia actual de modificar ésta con el sistema de responsabilidad objetiva o responsabilidad por riesgo[516].

b´) La responsabilidad civil del médico derivada de una infracción penal

Entre las consecuencias jurídicas del delito, la más importante es la pena, por las privaciones o restricciones que implica para los bienes jurídicos y derechos de los que el condenado es titular. No obstante, destacan también, como ya se sabe, por su trascendencia para el patrimonio del responsable, las consecuencias civiles. Por tanto, el médico que incurra en algún delito de los tipificados en el CP, se hará también responsable de indemnizar al paciente, o a sus familiares, como reparación del perjuicio causado.

i. Cómo surge la responsabilidad y ámbito de aplicación

Debe recordarse que el CP dice que toda persona responsable criminalmente de un delito lo es también civilmente si se derivan daños y perjuicios. A pesar de esta declaración tan terminante, no toda infracción criminal determina necesariamente una subsiguiente responsabilidad civil; ésta puede no existir. Hay numerosos delitos que no suponen también la atribución de responsabilidad civil, al no existir un efectivo daño objetivo valorable que reparar o compensar, sea material o moral. Piénsese, por ejemplo, en que el delito no se haya perfeccionado en su ejecución, como acontece en el caso de que la acción quede en un grado de tentativa o frustración, supuestos éstos en los que no siempre hay una lesión del bien jurídico (aunque, por ejemplo, puedan producirse lesiones corporales a la víctima a la que se quería, en realidad, dar muerte); o en algunos delitos contra el Estado, etc.

De esta aclaración se benefician, también en principio, los médicos, aunque, en verdad, en los casos de imprudencia, de responsabilidad culposa, es difícil imaginar hipótesis en las que no se haya producido un daño o perjuicio en la salud del paciente no compensable económicamente, dado que el delito cometido será, en la mayoría de los casos, de resultado material[517].

516 Baste mencionar al respecto la STS1ª de 6 de noviembre de 1969 que declara que "el mínimo de culpa o negligencia, para producir efectos en el Derecho Penal, está integrado por el grado de culpa media (mientras que en el Derecho Civil)... la culpa leve, que es intrascendente en la esfera de lo penal, tiene trascendencia".

517 STS2ª de 13 de febrero de 1997 en este sentido: "...el delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo: a) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta

De conformidad con lo ya indicado, cuando el médico realiza hechos constitutivos de un delito imprudente, podrá ser paralelamente responsable civilmente de todas las consecuencias que de ellos se deriven; a menos que éstas sean imputables a una tercera persona o a la propia víctima del hecho que las origina.

La responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios[518].

Los amplios términos con que aparecen redactados estos artículos, así como la interpretación y aplicación jurisprudencial de los mismos no permiten entender incluido en ellos un catálogo exhaustivo de supuestos de responsabilidad civil derivada de delito ni que se hayan querido excluir con ello otros posibles a deducir del CP.

En efecto, según dice el artículo 111 del CP, *"deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero, y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable de delito".* Está claro que la hipótesis de la "restitución" en la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, a regulación del Tribunal, difícilmente entrará en juego en los casos en que el responsable sea el médico en su actividad profesional.

En cuanto a la indemnización de perjuicios materiales y morales *"comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros".* [519] Los Jueces y Tribunales de lo Penal, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución[520].

actividad. b) La producción de muerte o lesiones. c) Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido. d) Imputación objetiva del resultado.

518 Artículo 110 del CP y en los términos explicitados en los artículos 111 y siguientes del propio Código.

519 Artículo 113 del CP.

520 Artículo 115 del CP.

Ya hemos visto los criterios para establecer la responsabilidad civil: la restitución, la reparación del daño causado y la indemnización de perjuicios. Es doctrina aceptada y mantenida de forma persistente por nuestra jurisprudencia[521] que la cuantía de las mismas queda al arbitrio judicial; es decir, que el Juez o Tribunal fijan con plena libertad la cuantía a pagar por tales conceptos. Esto significa que no cabe recurso de casación sobre este particular.

Sí que es, no obstante, revisable en casación el establecimiento mismo de los hechos del daño o perjuicio, pues deben quedar probados.

La jurisprudencia ha reiterado la declaración de compatibilidad entre la indemnización que los perjudicados tienen derecho a percibir *ex contracto* con aquellas otras que tengan derecho a percibir *ex delicto*, dado el distinto título u origen de unas y otras[522]. Esto conduce a la polémica de si puede originarse responsabilidad civil en la modalidad que estamos examinando ahora – *ex delicto* – por un supuesto de caso fortuito o accidente imprevisible.

En nuestra opinión, en estos casos no cabe responsabilidad civil. En efecto, al ser el hecho lícito penalmente, es decir que no origina responsabilidad criminal, no hay base para sostenerla en la civil, si nos atenemos al artículo 20 del CP. Recordemos, además, las excepciones del citado artículo 20, que se refiere a que la concurrencia de ciertas causas eximentes de responsabilidad penal[523] no elimina a la vez la responsabilidad civil, la cual deberá hacerse efectiva, por razones explicables que no hacen al caso en este momento.

Precisamente, el hecho de que no aparezca en dicho catálogo el caso fortuito es un argumento evidente para negar aquélla por vía procesal penal. Con lo cual no queremos prejuzgar que sea o no posible dicha obligación civil derivada de otras relaciones jurídicas, sobre todo si entra en juego el sistema de responsabilidad objetiva.

Hay otras disposiciones en el CP que tratan de garantizar que se haga efectiva la responsabilidad civil fijada, otorgando la prioridad a ésta en el pago por el responsable frente a otras

521 "El quantum de la indemnización, según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, no es realizable en casación por cuanto es de la competencia soberana de la Sala de instancia (SSTS1ª de 26 de abril de 1982, 5 de octubre de 1982 y 25 de marzo de 1983)

522 STS1ª de 8 de junio de 1982.

523 Las causas de exención de responsabilidad penal previstas en números 1º, 2º, 3º, 7º y 10º del artículo 20 CP.

obligaciones pecuniarias que hubiese contraído por el delito: costas del acusador privado, demás costas procesales, multa…[524] Con tales previsiones, está pensando el legislador en la penuria económica de los procesados en la mayoría de los casos. No suele ser éste el caso de los médicos, que por su titulación social y profesional, además de las propias medidas previsoras que adoptan están en condiciones de efectuar tales pagos por sí mismos o por terceros (los contratos de aseguramiento).

ii. Personas responsables y beneficiarios de la responsabilidad

Es necesario diferenciar, en primer lugar, el agraviado u ofendido del perjudicado. El primero indica la víctima del delito, el titular o portador del bien jurídico lesionado. Por otra parte, con el perjudicado se alude al titular del interés privado quebrantado por el hecho en cuanto también es ilícito civil; es decir, es el que padece el daño.

Si bien con frecuencia la víctima del delito y el perjudicado coinciden en una misma persona, en ocasiones perjudicados pueden ser terceros, particularmente sus familiares y allegados, cuando, por ejemplo, la víctima era quien les mantenía económicamente. Se constituyen así en perjudicados directos.

Por último, el CP reconoce a los familiares del perjudicado el derecho a ejercitar la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización de perjuicios, pues también se les transmite aquélla[525].

Si fuesen varios los médicos o profesionales sanitarios autores del delito culposo, serán también corresponsables civilmente, y es competencia del tribunal señalar la cuota de que deba responder cada uno[526]. Serán, además, responsables solidarios entre sí por sus cuotas respectivas.

De todas formas, la doctrina jurisprudencial ha venido estableciendo que, en estos casos, es decir, cuando todos respondan por el mismo título de codelincuencia – autores – y, por tanto,

524 Artículos 123 y siguientes del Código Penal.

525 Artículo 113 del CP.

526 Artículo 115 del CP.

solidariamente, la cuota de su responsabilidad civil será idéntica para todos ellos, incluso aunque el Tribunal de Instancia no la hubiera fijado.

Por otra parte, hay que tener presente que la obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios se transmite a los herederos del responsable.

Una cuestión muy importante en la responsabilidad civil del médico, derivada de ilícito penal, es la posibilidad de responsabilidad civil subsidiaria de tercero que le respalda, cuando trabaja al servicio de una entidad o institución pública o privada.

Esto se explica porque, según vimos, la responsabilidad civil no tiene el carácter estrictamente personal e intransmisible de la penal. El propio CP prevé esta responsabilidad subsidiaria para ciertos casos: *"son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente... las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de su obligación de servicios"*[527].

La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la responsabilidad civil subsidiaria[528] declarando lo siguiente:

"Quien se beneficie de las actividades de otro que pueden generar perjuicio para tercero, está obligado a asumir la carga económica derivada de las acciones nocivas perpetradas por el responsable principal, en tanto no puedan ser resarcidas con el peculio de éste. Una interpretación progresiva inspirada en la jurisprudencia de intereses, apartada de una hermenéutica conceptual, y que actualmente puede apoyarse en el artículo 3.1 del Código Civil, ha venido ensanchando el ámbito de aplicación del artículo 22 (del antiguo Código Penal) a los entes públicos, es decir, al Estado, a la Provincia y al Municipio, y a los organismos autonómicos; si bien inicialmente se exigía que entre el responsable principal y el subsidiario mediara una relación de dependencia, legal o contractual, onerosa o gratuita, duradera o transitoria, expresada o tácita, siendo preciso siempre que la actividad desarrollada por el responsable principal redundara en provecho o beneficio del "dominus", con posterioridad se incluyeron en el precepto todos aquellos casos en que el agente, con independencia o sin ella, en beneficio de su principal o en provecho propio, actuara con el

527 Artículo 120

528 SSTS2ª de 29 de noviembre de 1982 y 28 de junio de 1983, entre otras muchas.

beneplácito, aquiescencia o autorización de éste último, es decir, en su nombre y por su orden aunque no por su cuenta; en lo que respecta a las extralimitaciones, bien en el horario, bien en el modo de realizar la actividad, la jurisprudencia ha declarado que tales extralimitaciones no logran la exclusión del ámbito de aplicación del artículo 22, con tal de que se actúe en nombre y por cuenta del principal y dentro de la esfera de sus obligaciones, pues el principio de creación del riesgo, que inspira dicho precepto, impone a la empresa la obligación de asumir los daños que para tercero supone su actividad, y ello incluso cuando la actuación del funcionario, empleado, obrero o dependiente, sea irregular o indebida o incida en torpezas o demasías... sólo la prohibición expresa del "dominus" y la desobediencia cierta por parte del funcionario o empleado a las órdenes recibidas, exoneran al principal".

iii. Procedimiento y características del ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada de delito

Una particularidad que presenta nuestro sistema jurídico, es que la acción civil es ejercitada, en principio, conjuntamente con la penal, lo que significa que el Juez o Tribunal deberá dictar su sentencia pronunciándose en ella tanto sobre el contenido penal como civil de los hechos juzgados. Así se ventilará también la responsabilidad civil ante el Órgano Judicial de lo Penal.

Es esta una presunción establecida por la Ley[529], según la cual *"ejercitada sólo la acción penal se entenderá utilizada también la civil[530], a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar".*

529 Artículo 112 de la LECrim.

530 STS2ª de 28 de abril de 2010 introduce una interesante consideración: "…*En primer lugar el ejercicio de una acción civil previa a la penal, estaba justificada en el caso de autos, porque existía riesgo de perder la cosa si el vendedor la enajenaba de nuevo, pero a su vez no se conocía la enajenación ni la persona del nuevo comprador, ya que la demanda civil tenía fecha 5-mayo-2005 y la segunda venta en escritura pública tuvo lugar ese mismo día, según proclaman los hechos probados, lo que permite considerar que los perjudicados desconocían la efectiva transmisión. Conocidas con posterioridad todas las circunstancias, ejercitan las acciones penales y conforme al art. 112 L.E.Cr. (LEG 1882, 16) las civiles, al no haberlas renunciado o reservado para su ejercicio separado. No obstante y a pesar de incorporar al proceso penal en concepto de prueba documental la demanda civil con los dos alternativos pedimentos, en su escrito acusatorio (ver pág. 186) reduce el pronunciamiento civil a la nulidad de los contratos celebrados en fraude (delito del art. 250-2º) y compele al acusado a otorgar escritura como exige el contrato privado de compraventa primigenio, con la posterior inscripción registral de la escritura, lo que satisfaría de modo pleno en el aspecto civil la pretensión de los querellantes..".*

Nos encontramos en este sistema con diferencias en relación a la práctica de otros países europeos, en los que se siguen vías procesales distintas, o se requiere la solicitud expresa del interesado de que ambos aspectos se resuelvan en un mismo proceso.

Es de señalar que estas previsiones legales, en nuestro Ordenamiento Jurídico, comportan notables ventajas para el perjudicado, por la evidente economía procesal (y, por ende, la espera para hacer efectiva la indemnización, y los gastos de defensa) que representa para él. Por otro lado, supone también una tendencia al aseguramiento de la indemnización a que pudiera hacerse acreedor.

De conformidad con lo expuesto, la responsabilidad civil derivada de un delito será decidida por el Tribunal penal, aunque el perjudicado (el paciente o sus familiares) no haya ejercitado expresamente su acción. La acción civil se entabla conjuntamente con la penal y de oficio por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular[531].

Cabe, por otra parte, un ejercicio de la acción civil separadamente de la penal, si así lo solicita el perjudicado, mediante la reserva expresa de la acción civil, en cuyo caso el Órgano Judicial de lo Penal no se pronunciará sobre ello.

Si se produce efectivamente esa reserva de la acción civil, los Tribunales aplicarán los preceptos contenidos en el CP sobre responsabilidad civil. De todas formas, hay que tener en cuenta que mientras no se haya dictado auto de sobreseimiento, o haya recaído sentencia firme, no podrá ejercitarse la acción civil.

Cuando hubiere recaído sentencia penal condenatoria, la misma tiene efecto de cosa juzgada, en el sentido de que quedan zanjadas todas las cuestiones relativas a la indemnización derivada del delito; lo que significa que no puede volverse a ella, incluso si declara el Tribunal Penal la inexistencia de la obligación de resarcir, salvo, por supuesto, que se hubiera hecho reserva de la acción civil, en cuyo caso la existencia de la condena por un delito será el fundamento de la condena civil que pueda acordar el Órgano Judicial Civil.

Si la sentencia penal absolvió, o hubo sobreseimiento de la causa, estas resoluciones no tienen ningún efecto que impida acudir a los Órganos Judiciales Civiles para solicitar la declaración

531 Artículo 108 de la LECrim.

de existencia de responsabilidad civil. Claro está, que al no poder basarse en la existencia previa de una infracción criminal (rechazada por los Órganos Judiciales de lo Penal), ya no entrará en la normativa y procedimiento hasta ahora expuesto, sino que serán aplicables las disposiciones citadas del CC.

Por último, existe la posibilidad de que el perjudicado renuncie a la acción civil, en cuyo caso no habrá declaración sobre ella en la resolución judicial. Es menester reiterar que no cabe tal renuncia de la acción penal, pues existen casos en las causas penales donde se procede de oficio, por la acusación pública pese a que se renuncie al ejercicio de la acción privada.

El conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene, pues, carácter eventual, por estar condicionada por la existencia previa de responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal, y hace necesario plantear la acción civil en los Tribunales Ordinarios. Ello no origina, por sí mismo indefensión, y los inconvenientes que de lo mismo se derivan para la víctima resultan más bien de la regulación del propio proceso civil, pero esto no puede ser razón suficiente para condicionar una política criminal determinada, ni extraer consecuencias que restrinjan la posibilidad de operar la prescripción de la pena en el procedimiento penal.

Ello significa partir de una presunta prevalencia del proceso penal para satisfacer pretensiones resarcitorias civiles, y admitir que la sanción penal, en caso de infracción de esta índole, es sólo un elemento accesorio, aunque punto de anclaje necesario para obtener, en la más rápida y económica vía penal, el resarcimiento de la víctima. No es una exigencia constitucional que el derecho material penal y el correspondiente proceso penal se organice exclusivamente para asegurar el resarcimiento civil de las víctimas de actos culposos[532].

Según ha declarado la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el derecho al resarcimiento, en razón de la responsabilidad civil *"ex delicto"*, constituye un bien económico de la pertenencia de la víctima, integrante de un derecho de reclamación hasta cubrir el importe de los daños y perjuicios causados por la transgresión punible. Dicha responsabilidad viene de modo indeclinable subordinada a la criminal, que surge de todo delito o falta[533].

532 STS2ª de 18 de octubre de 1990.

533 SSTS2ª de 27 de febrero de 1963 y 25 de febrero de 1991.

Por lo demás, la declaración de responsabilidad civil no es accesoria de la pena impuesta, sino que responde al interés privado, y ha de ser objeto de rogación expresa para que pueda ser atendida[534].

En todo caso, tratándose de daños y perjuicios patrimoniales, o de daños morales, indirectamente económicos, es necesario que el Órgano Jurisdiccional de lo Penal siente, entre los hechos que estime probados, los imprescindibles para deducir el menoscabo patrimonial efectivo. Únicamente aquellos perjuicios que sean directa y necesaria consecuencia del hecho delictivo son los que deben de indemnizarse, y a cuyo resarcimiento queda igualmente obligado el autor responsable de todo delito.

La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige, como elemento estructural de la misma, una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos[535].

No es cierto, por tanto, que toda responsabilidad criminal conlleve necesariamente otra civil.[536] Las únicas infracciones penales susceptibles de engendrar responsabilidad civil son aquéllas en las que el hecho, además del daño criminal a ellas inherentes, producen un daño civil; es decir, cuando el hecho, además de ser constitutivo de delito por venir tipificado como tal en el CP, constituye, a la vez, un ilícito civil, generador de un daño de esta naturaleza, a cuyo resarcimiento se encamina la acción civil correspondiente; por lo cual, algunos mantienen la opinión de que los delitos formales, o de peligro, no son susceptibles de generar responsabilidad civil[537].

b) Conductas intencionales (dolosas) en la actuación del médico

Suponen la agresión consciente y voluntaria del bien jurídico protegido con conductas previstas en el CP (principio de tipicidad). El autor de las mismas será responsable de ellas, si

534 STS2ª de 21 de junio de 1957, entre otras muchas en idéntico sentido.

535 STS2ª de 5 de octubre de 1988.

536 SSTS2ª de 10 de febrero de 1955 y 4 de noviembre de 1981.

537 SSTS2ª de 4 de noviembre de 1981, 13 de febrero de 1991 y 15 de abril de 1991.

concurren, además otra serie de requisitos (descritos en la norma penal), pero quedará exento de responsabilidad en ciertos casos, como por ejemplo, si concurre una causa de justificación, esto es, unas circunstancias en el hecho concreto que hacen lícita la conducta agresora del bien jurídico y el Derecho autoriza su lesión (por ejemplo, quien actúa en estado de necesidad o de legítima defensa). Supuestos de conductas intencionales, o dolosas, del médico lo son la práctica totalidad de los delitos mencionados descritos en los artículos 402 y siguientes del CP[538].

Esta clase de responsabilidad penal se le presenta al médico en la misma medida y condiciones que a cualquier otro ciudadano, pues es muy difícil imaginar que en el ejercicio de su profesión, cuando desarrolla una actividad curativa, pueda cometer dolosamente un delito de homicidio o de lesiones.

En estos supuestos, el ámbito de la responsabilidad del médico no ofrece criterio diferenciador alguno, o pauta distinta de incriminación, basados en su condición de profesional. Por tal razón, no tienen sentido afirmaciones, aisladas y ya abandonadas, de que el médico sólo debe responder penalmente por sus conductas dolosas, al no tener generalmente incidencia en las mismas el ejercicio profesional. Distinto es que se valga de sus especiales conocimientos para facilitar o asegurar la comisión del delito, o su impunidad, pero esto no es exclusivo de estos profesionales, pues es también aplicable a otros como el farmacéutico, el químico, el biólogo, etc[539].

Sin embargo, hay que tener en cuenta la hipótesis en que el médico consciente y deliberadamente deja de prestar su asistencia, no a un enfermo cualquiera, o a un accidentado, sino a su propio paciente, de tal forma que por dicha omisión este fallece, o sufre consecuencias irreparables en su salud. En estos casos, se considera que existe un delito doloso o intencional, llamado comisión por omisión, que es equivalente a si se hubiera realizado mediante una conducta positiva: habrá un delito de homicidio o de lesiones dolosas, según los casos. Además de la concurrencia de otros requisitos, el fundamento de esta responsabilidad penal del médico se encuentra en la estrecha relación que se origina entre él y su paciente como consecuencia del contrato u otra relación fáctica existente entre ambos. En estos supuestos el médico, dada la situación de privilegio que tiene para con la vida y la salud del paciente, es tributario de un deber especial de garantía en relación con estos bienes jurídicos que afectan a su paciente,

538 Dedicados a la usurpación de funciones públicas y el intrusismo.

539 Conforme a lo establecido, respecto a estas profesiones sanitarias en la LOPS.

que le obliga a prestar sus servicios con el fin de evitar cualquier menoscabo de los mismos, siempre que en las circunstancias del caso concreto pudiera hacerlo.

c) Conductas culposas y negligentes en la actuación del médico

Las conductas culposas y negligentes en la actuación del médico pueden ser definidas, genéricamente, como una desviación de la práctica profesional, llevada a cabo por un facultativo, respecto de los estándares establecidos al respecto por la comunidad médica, dando lugar con ello a la producción de un resultado grave y previsiblemente permanente, que afecta a la salud o a la vida del paciente.

d) Responsabilidad disciplinaria

La potestad disciplinaria de los Servicios de Salud con respecto al personal estatutario dimana de la relación de especial sujeción que tiene lugar entre éste y aquellos y se constituye en el instrumento de que disponen los Servicios de Salud para reprimir aquellas conductas llevadas a cabo por parte del personal estatutario que infringen los deberes que los mismos tienen establecidos en las disposiciones legales y reglamentarias de aplicación[540].

De acuerdo con lo previsto en el EMPESS, el personal estatutario incurre en responsabilidad disciplinaria por las faltas que cometa, respondiendo dicho régimen disciplinario a los principios de tipicidad, eficacia y proporcionalidad en todo el Sistema Nacional de Salud, y su procedimiento, a los de inmediatez, economía procesal y pleno respeto de los derechos y garantías correspondientes[541].

540 A. PALOMAR OLMEDA y A. V. SEMPERE NAVARRO (Dres.) *Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.* Ed.Thomson Aranzadi.1ª Ed. 2006.Pgs. 601 y ss.

541 Y, entre ellas, las de legalidad, tipicidad y proporcionalidad.

Como es lógico, la responsabilidad disciplinaria de los médicos del Sistema Nacional de Salud es compatible con la responsabilidad patrimonial, civil o penal que pueda derivarse de tales infracciones[542].

El régimen disciplinario del personal estatutario de los Servicios de Salud, en su condición de "funcionarios especiales"[543] se halla sujeto a los principios de legalidad, reserva de ley y tipicidad, principios estos que, como es conocido, no son sino manifestaciones de los principios penales en el procedimiento administrativo disciplinario y sancionador[544].

El régimen disciplinario aplicable al personal estatutario de los Servicios de Salud responde a los principios de tipicidad, eficacia y proporcionalidad en todo el Sistema Nacional de Salud, y su procedimiento, a los de inmediatez, economía procesal y pleno respeto de los derechos y garantías correspondientes.

Y, corresponde la potestad disciplinaria corresponde al órgano competente del Servicio de Salud en el que el interesado se encuentre prestando servicios en el momento de comisión de la falta, con independencia del servicio de salud en el que inicialmente obtuvo su nombramiento. Las sanciones que, en su caso, se impongan tienen validez y eficacia en todos los Servicios de Salud[545].

Mención especial ha de hacerse, de entre los principios aplicables al régimen disciplinario del personal estatutario, al principio *"non bis in idem"*, por la posible compatibilidad declarada

542 A. PALOMAR OLMEDA y J. VÁZQUEZ GARRANZO. *Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud.* Ed. Thomson Civitas. 2006, págs. 524-538.

543 Ex art. 1 EMPESS

544 STCo18/1981, de 8 de junio, los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, como refleja la propia Constitución al consagrar en el art. 25 el principio de legalidad. Tales principios han de ser respetados en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto constitucional y exigen que el acuerdo sancionador se adopte a través de un procedimiento que permita al presunto inculpado alegar lo que a su derecho convenga y aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes.

545 Aunque el principio de eficacia, aplicable al régimen disciplinario del personal estatutario, no figure entre los principios aplicables al resto de los funcionarios públicos en la normativa vigente, siendo más bien un principio de funcionamiento de las Administraciones Públicas, la explicación de la inclusión de tal principio en el régimen disciplinario del personal estatutario se encuentra, precisamente, en la previsión contenida en el artículo 71.3 EMPESS, de tal modo que las sanciones que puedan imponerse al personal estatutario puedan producir efectos en cualquier Servicio de Salud.

en el EMPESS entre la responsabilidad disciplinaria y la patrimonial, civil o penal que pueda derivarse de aquellas infracciones disciplinarias.

El Tribunal Constitucional[546] tiene declarado que *"el principio general del derecho conocido como non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones - administrativa y penal - en los casos que se aprecie la identidad de sujeto hecho y fundamentos sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración - relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración",* excluyendo, como se ha visto, de la aplicación del mismo a los funcionarios públicos, como consecuencia de la existencia de una relación de sujeción especial de los mismos con la Administración. Pero, con posterioridad a la Sentencia indicada, otras resoluciones judiciales posteriores[547] han matizado la doctrina inicial, de tal forma que el Tribunal Constitucional ha introducido matizaciones para la exclusión del principio *non bis in idem* en los supuestos que estamos analizando, con la finalidad de que la relación de especial sujeción no sea suficiente, por sí sola, para justificar la dualidad de sanciones, la cual solamente será viable cuando el interés protegido sea distinto y la sanción resulte proporcionada a esa protección.

En lo que respecta a las clases de faltas y su prescripción, las faltas disciplinarias pueden ser muy graves, graves o leves.

Constituyen faltas muy graves:

- El incumplimiento del deber de respeto a la CE o al respectivo Estatuto de Autonomía en el ejercicio de sus funciones.
- Toda actuación que suponga discriminación por razones ideológicas, morales, políticas, sindicales, de raza, lengua, género, religión o circunstancias económicas, personales o sociales, tanto del personal como de los usuarios, o por la condición en virtud de la cual éstos accedan a los servicios de las instituciones o centros sanitarios.

546 En su Sentencia 2/1981, de 30 de enero

547 Como las SSTCo 2/87 y 42/87, entre otras muchas.

- El quebranto de la debida reserva respecto a datos relativos al centro o institución o a la intimidad personal de los usuarios y a la información relacionada con su proceso y estancia en las instituciones o centros sanitarios.
- El abandono del servicio.
- La falta de asistencia durante más de cinco días continuados o la acumulación de siete faltas en dos meses sin autorización ni causa justificada.
- El notorio incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios.
- La desobediencia notoria y manifiesta a las órdenes o instrucciones de un superior directo, mediato o inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus funciones, salvo que constituyan una infracción manifiesta y clara y terminante de un precepto de una ley o de otra disposición de carácter general.
- La notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de sus funciones.
- La negativa a participar activamente en las medidas especiales adoptadas por las Administraciones públicas o servicios de salud cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.
- El incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales establecidos en caso de huelga.
- La realización de actuaciones manifiestamente ilegales en el desempeño de sus funciones, cuando causen perjuicio grave a la Administración, a las instituciones y centros sanitarios o a los ciudadanos.
- El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, cuando suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad.
- La prevalencia de la condición de personal estatutario para obtener un beneficio indebido para sí o para terceros, y especialmente la exigencia o aceptación de compensación por quienes provean de servicios o materiales a los centros o instituciones.
- Los actos dirigidos a impedir o coartar el libre ejercicio de los derechos fundamentales, las libertades públicas y los derechos sindicales.

- La realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga o a impedir el adecuado funcionamiento de los servicios esenciales durante la misma.
- La grave agresión a cualquier persona con la que se relacionen en el ejercicio de sus funciones.
- El acoso sexual, cuando suponga agresión o chantaje.
- La exigencia de cualquier tipo de compensación por los servicios prestados a los usuarios de los servicios de salud.
- La utilización de los locales, instalaciones o equipamiento de las instituciones, centros o servicios de salud para la realización de actividades o funciones ajenas a dichos servicios.
- La inducción directa, a otro u otros, a la comisión de una falta muy grave, así como la cooperación con un acto sin el cual una falta muy grave no se habría cometido.
- El exceso arbitrario en el uso de autoridad que cause perjuicio grave al personal subordinado o al servicio.
- La negativa expresa a hacer uso de los medios de protección disponibles y seguir las recomendaciones establecidas para la prevención de riesgos laborales, así como la negligencia en el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo por parte de quien tuviera la responsabilidad de hacerlas cumplir o de establecer los medios adecuados de protección.

Tienen la consideración de faltas graves:

- La falta de obediencia debida a los superiores.
- El abuso de autoridad en el ejercicio de sus funciones.
- El incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios cuando no constituya falta muy grave.
- La grave desconsideración con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios.
- El acoso sexual, cuando el sujeto activo del acoso cree con su conducta un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto del mismo.

- Los daños o el deterioro en las instalaciones, equipamiento, instrumental o documentación, cuando se produzcan por negligencia inexcusable.
- La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave.
- El incumplimiento de los plazos u otras disposiciones de procedimiento en materia de incompatibilidades, cuando no suponga el mantenimiento de una situación de incompatibilidad.
- El incumplimiento injustificado de la jornada de trabajo que, acumulado, suponga más de 20 horas al mes.
- Las acciones u omisiones dirigidas a evadir los sistemas de control de horarios o a impedir que sean detectados los incumplimientos injustificados de la jornada de trabajo.
- La falta injustificada de asistencia durante más de tres días continuados, o la acumulación de cinco faltas en dos meses, computados desde la primera falta, cuando no constituyan falta muy grave.
- La aceptación de cualquier tipo de contraprestación por los servicios prestados a los usuarios de los servicios de salud.
- La negligencia en la utilización de los medios disponibles y en el seguimiento de las normas para la prevención de riesgos laborales, cuando haya información y formación adecuadas y los medios técnicos indicados, así como el descuido en el cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo por parte de quien no tuviera la responsabilidad de hacerlas cumplir o de establecer los medios adecuados de protección.
- El encubrimiento, consentimiento o cooperación con cualquier acto a la comisión de faltas muy graves, así como la inducción directa, a otro u otros, a la comisión de una falta grave y la cooperación con un acto sin el cual una falta grave no se habría cometido.

Se consideran faltas leves:

El incumplimiento injustificado del horario o jornada de trabajo, cuando no constituya falta grave.

- La falta de asistencia injustificada cuando no constituya falta grave o muy grave.
- La incorrección con los superiores, compañeros, subordinados o usuarios.
- El descuido o negligencia en el cumplimiento de sus funciones cuando no afecte a los servicios de salud, Administración o usuarios.
- El descuido en el cumplimiento de las disposiciones expresas sobre seguridad y salud.
- El incumplimiento de sus deberes u obligaciones, cuando no constituya falta grave o muy grave.
- El encubrimiento, consentimiento o cooperación con cualquier acto a la comisión de faltas graves.

Con independencia de la tipificación de las sanciones establecidas en el EMPESS, las Comunidades Autónomas pueden, por norma con rango de Ley, establecer otras faltas además de las mencionadas en los apartados anteriores[548].

Las faltas muy graves prescriben a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses, comenzando a contarse el plazo de prescripción desde que la falta se hubiera cometido y se interrumpe desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento disciplinario, volviendo a correr de nuevo si éste estuviera paralizado más de tres meses por causa no imputable al interesado.

Las faltas citadas anteriormente son corregidas con las siguientes sanciones:

- Separación del servicio. Esta sanción comporta la pérdida de la condición de personal estatutario y sólo se impone por la comisión de faltas muy graves. Durante los seis años siguientes a su ejecución, el interesado no puede concurrir a las pruebas de selección para la obtención de la condición de personal estatutario fijo, ni prestar

548 Artículo 72.5 del EMPESS

servicios como personal estatuario temporal. Asimismo, durante dicho período, no podrá prestar servicios en ninguna Administración pública ni en los organismos públicos o en las entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas ni en las entidades públicas sujetas a derecho privado y fundaciones sanitarias.

- Traslado forzoso con cambio de localidad, sin derecho a indemnización y con prohibición temporal de participar en procedimientos de movilidad para reincorporarse a la localidad de procedencia hasta un máximo de cuatro años. Esta sanción sólo podrá imponerse como consecuencia de faltas muy graves.
- Suspensión de funciones. Cuando esta sanción se imponga por faltas muy graves, no podrá superar los seis años ni será inferior a los dos años. Si se impusiera por faltas graves, no superará los dos años. Si la suspensión no supera los seis meses, el interesado no perderá su destino.
- Traslado forzoso a otra institución o centro sin cambio de localidad, con prohibición temporal, hasta un máximo de dos años, de participar en procedimientos de movilidad para reincorporarse al centro de procedencia. Esta sanción sólo podrá imponerse como consecuencia de faltas graves.
- Apercibimiento, que será siempre por escrito, y sólo se impondrá por faltas leves.

Y, al igual que acontece con la tipificación de las faltas, también aquí las Comunidades Autónomas, en virtud de la norma que en cada caso proceda, podrán establecer otras sanciones o sustituir las indicadas en el apartado anterior.

CAPÍTULO V

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS

1. Evolución y significado del principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

Responsabilidad alude al término responder, es decir dar respuesta, en el sentido de reparar. *"El concepto de responsabilidad aboca a la obligación de soportar las consecuencias de los propios actos y, dentro de ellos, de los actos dañosos…Las normas jurídicas…establecen el principio general de que quien causa un daño a otro ha de repararlo o compensarlo…*[549]*"*

Junto al principio de legalidad, la doctrina[550] sitúa el principio de responsabilidad patrimonial de los entes públicos como uno de los grandes soportes estructurales de la actuación de los poderes públicos.

Sin embargo, el reconocimiento actual de la regla en virtud de la cual las Administraciones Públicas habrán de indemnizar a los particulares por los daños ocasionados en sus bienes y derechos a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los poderes públicos no se ha producido de hecho, en nuestro ordenamiento jurídico, sino hasta épocas muy recientes.

Nuestro CC[551], origen y fundamento legal de la responsabilidad patrimonial, establecía un sistema en virtud del cual el Estado únicamente sería responsable de los daños y perjuicios producidos cuando obrase a través de un "agente especial", que actuará de forma culpable o negligente, pero nunca cuando el daño hubiera sido causado por un funcionario, al que está normalmente atribuida la actividad realizada.

---

549 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Página 118.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009.

550 T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y E. GARCÍA DE ENTERRÍA. *Curso de Derecho Administrativo II. Ed.* Thomson Civitas. 9aa Ed. 2004, págs. 357-445.

551 En sus artículos 1902 y 1903.5.

Por tanto, el sistema de responsabilidad pública establecido en el CC significaba, prácticamente, la negación de la responsabilidad patrimonial del Estado, ya que partía de un fundamento jurídico que, salvo contadas ocasiones, la hacía de hecho imposible.

Tras algunos intentos de avanzar hacia previsiones legales sobre responsabilidad subsidiaria del Estado y demás Corporaciones Públicas[552], será la LEF la que quiebre con las imperfecciones hasta ese momento existentes, estableciendo en nuestro ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, al disponer, en su artículo 121 que *"dará lugar a indemnización... toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".*

El proceso de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas culminará con la LRJAE, la cual dispuso, en su artículo 40, que:

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de las medidas no fiscalizables en vía contenciosa".

Culminando esta evolución, el artículo 106.2 de la CE consagra definitivamente el principio de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, disponiendo que:

"Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

En la actualidad, el desarrollo legal del modelo constitucional de responsabilidad patrimonial se sitúa en el Título X[553] de la LRJAP-PAC, cuyo artículo 139.1 formula el principio de responsabilidad patrimonial en términos similares a los contenidos en la Ley de RJAE y en la CE, disponiendo que:

552 Constitución Republicana de 1931 y Ley de Régimen Local de 1950.

553 Artículos 139 a 146, ambos inclusive.

"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos".

Ha sido recientemente publicada la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que supone una actualización a la, aún vigente, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Enseguida veremos cuál es el alcance de esta nueva norma en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Baste, ahora, apuntar que la entrada en vigor de la Ley 40/2015 está prevista para el 2 de octubre de 2016 (al año de su publicación) y que hay coincidencia de planteamientos entre la Ley vigente y la futura, ya publicada.

Expuesta, brevemente, esta evolución histórica sobre el régimen normativo referente a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, ha de hacerse ahora mención al título competencial de dicha responsabilidad, según se configura en la CE.

Un ámbito más amplio en el que encuadrar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas lo constituye el artículo 9.3 de la CE, en el que se señala que "*la Constitución garantiza la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos"*, ocupándose así también de la institución jurídica que nos preocupa.

Pero es el artículo 106.2 CE el que sintetiza las líneas básicas de la responsabilidad administrativa. La redacción de este artículo ha eludido el desdoblamiento entre "funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos" – expresión ésta propia de la normativa legal anterior a la CE – optando, simplemente, por la fórmula relativa al "funcionamiento de los servicios públicos".

Por su parte, el artículo 149.1.18ª de la propia CE, consagra la competencia exclusiva del Estado sobre el sistema legal de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas, precepto que plantea la importante cuestión del alcance y alternativas de desarrollo del sistema de responsabilidades.

Se trata, en definitiva, de un problema de límites entre las competencias del Estado y las de las Comunidades Autónomas, aunque especialmente importante al entrar en juego tratamientos igualitarios de los derechos de los particulares.

El artículo 149.1.18ª de la CE, al atribuir al Estado la competencia exclusiva sobre el *"sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas",* optando por el término "sistema", frente a otros títulos competenciales del mismo artículo, parece tener una intención diferenciadora entre ellos: que la competencia del Estado incluya el diseño de un conjunto global y completo de normas sobre esta materia, que permitan identificar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, integrando un bloque homogéneo que salvaguarde la garantía básica del artículo 9.3 de la CE, antes aludida.

Así lo entendió el Legislador, al aprobar la LPA, cuyo artículo 12.2 establecía la aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas de la legislación *"... sobre el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración".*

La doctrina[554] se ha pronunciado por un régimen jurídico único de la responsabilidad patrimonial, según se deduce literalmente de los términos del artículo 149.1.18ª de la CE, que permite, desde una competencia exclusiva del Estado, un sistema unitario y una regulación general para todas las Administraciones Públicas, planteamiento este que también resulta de general aplicación en el Derecho Comparado.

Por su parte los Estatutos de Autonomía del País Vasco (artículo 11), Cataluña (artículo 10), Valencia (artículo 32), Navarra (artículo 57) y Baleares (artículo 11), entre otros, atribuyen a las respectivas Comunidades Autónomas el desarrollo legislativo y ejecución sobre la materia, en el marco de la legislación básica del Estado, si bien el Estatuto de Autonomía de Andalucía (artículo 15) utiliza una terminología más vaga al respecto: la de "marco de la regulación general del Estado".

De la redacción de estos preceptos se desprende que las posibilidades de incidencia de las Comunidades Autónomas en materia de responsabilidad patrimonial deben estar limitadas,

554 J. GUERRERO ZAPLANA. *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*. Ed. Lex Nova. 5ª Ed. 1ª Reimp. Valladolid. 2006. Págs. 106 y ss.

de un lado, por la legislación sustantiva estatal sobre el "sistema", y de otro, por la normativa del Estado en materia de procedimiento administrativo común.

Un ejemplo de este desarrollo normativo ha sido el llevado a cabo por la Comunidad Autónoma Catalana, cuya Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, contempla (artículo 87) la responsabilidad patrimonial, remitiéndose en todo caso, a *"los términos de la legislación vigente"*, que han de entenderse referidos al sistema estatal de responsabilidad patrimonial establecido en la LRJAP-PAC.

En resumen, a la normativa estatal le corresponde regular todos los aspectos materiales y de procedimiento que aseguren la eficacia equilibrada de la institución, y para las Comunidades Autónomas se reserva la determinación de los órganos competentes, las especialidades organizativas y aquellos aspectos del procedimiento que no afecten a su virtualidad garantizadora de los derechos de los ciudadanos.

En lo que se refiere a la regulación estatal de la materia, la LRJAP-PAC, ya se ha mencionado que el artículo 139.1 de la misma formula el principio de la responsabilidad patrimonial, quedando configurado el desarrollo de este principio en el Capítulo I del Título X, mientras que el Capítulo II de dicho título desarrolla el régimen de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas frente a éstas últimas.

Las líneas fundamentales del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial son las siguientes:

A) <u>Ámbito de aplicación:</u>

El hecho de que la LRJAE fuera de aplicación, como su propio nombre indica, a la Administración del Estado, hizo surgir dudas, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, respecto a la aplicación de sus artículos 40 y 41 a los supuestos de responsabilidad en que incurrieran tanto la Administración Local como la Institucional, complicándose la cuestión con el reconocimiento constitucional de las Comunidades Autónomas.

Sobre este punto, la LRJAP-PAC, ha venido a solucionar cualquier duda, haciendo realidad la previsión contenida en el artículo 149.1.18ª CE, ya que será de aplicación, como establece su artículo 1º, a "todas ellas". Si a esto añadimos la extensión que el artículo 2º de la Ley confiere al término "Administraciones Públicas" a efectos de esta misma Ley, se concluye que el régimen de responsabilidad previsto en el Título X es de aplicación tanto a la Administración General del Estado, como a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, a las Entidades que integren la Administración Local y a las Entidades de Derecho Público, cuando ejerzan potestades administrativas o actúen en régimen de servicio público[555].

En cuanto a la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando éstas actúen en régimen de Derecho Privado (precisión ésta ya contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que atribuía la competencia para conocer estas cuestiones a la Jurisdicción Ordinaria), el artículo 144 de la LRJAP-PAC, asegura al perjudicado la misma solución prevista para los supuestos en que el daño generado proceda de una relación jurídico pública, en los siguientes términos:

"Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre".

Idéntico planteamiento recoge el artículo 35 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

B) Caracteres generales del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

La LRJAP-PAC, configura un sistema de responsabilidad objetiva y directa.

La naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, recogida en el sistema instaurado por la LEF y la LRJAE, fue aplicado, en principio, con reservas por la

555 J. LEGUINA VILLA, Jesús, *"La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio",* en J. LEGUINA VILLA; M. SÁNCHEZ MORÓN (Dirs.), *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,* Ed. Tecnos, Madrid, p. 407; L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo,* I, 5ª ed., Civitas, Madrid, p. 512

jurisprudencia, exigiendo para admitirla la prueba de la culpa o negligencia por parte de la Administración.

Esta línea jurisprudencial varió paulatinamente a lo largo de la década de los 70, ajustándose a la voluntad del legislador y consolidando la citada naturaleza objetiva de la responsabilidad, en el entendimiento de que su exigencia se materializará "al margen de todo elemento de culpa o negligencia"[556], considerando a dichos reproches culpabilísticos como "irrelevantes"[557].

En la actualidad, los artículos 106, 2 de la CE, y 139.1 y siguientes de la LRJAP-PAC, ya citados, han seguido reafirmando los criterios establecidos en la legislación que les precedió, y confirmando también la última corriente jurisprudencial.

Bastará, pues, para que haya responsabilidad patrimonial de la Administración que se produzca una lesión consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, comprendiendo tanto los daños ilegítimos, consecuencia de una actividad culpable, como los producidos por una actividad perfectamente lícita en la que no concurra ningún elemento de la voluntad, siquiera incidentalmente.

Por otro lado, se ha analizado anteriormente cómo en la evolución legislativa de nuestro país se comenzó por un sistema en el que se eximía de responsabilidad al Estado y se exigía ésta al funcionario (artículo 1903.5 CC, ya derogado), pasando a un sistema de responsabilidad subsidiaria del Estado (CE de 1931), hasta llegar a un sistema de responsabilidad directa en que la Administración Pública respondía en todo caso de las lesiones producidas por sus funcionarios y agentes (LEF y LRJAE), si bien el artículo 43 de la LRJAE abría la posibilidad de que los particulares pudieran escoger entre exigir la responsabilidad a la Administración, o al propio funcionario o autoridad, configurando un sistema de responsabilidad solidaria.

Sin embargo, la actual LRJAP-PAC, no contempla esta posibilidad, estableciendo un sistema de responsabilidad directa cerrado, por lo que su exigencia deberá plantearse exclusivamente frente a la Administración, sin perjuicio de las ulteriores acciones de regreso de ésta contra el agente causante del daño.

556 STS3ª de 26 de febrero de 1982.

557 SSTS3ª de 15 de noviembre de 1979 y 24 de octubre de 1984.

Así lo expresa, terminantemente, el artículo 145.1 de la LRJAP-PAC: *"para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio".*

Los otros dos caracteres fundamentales del sistema de responsabilidad patrimonial son el concepto de lesión o daño, la imputación del mismo a la Administración y la relación de causalidad.

En cuanto al daño o lesión, concepto clave sobre el que gira todo el sistema de responsabilidad patrimonial, la doctrina jurisprudencial lo ha configurado como lesión, o daño antijurídico; es decir, habrá lesión cuando el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo[558].

En esta línea, el artículo 141. 1 de la LRJAP-PAC, ha venido a establecer el siguiente criterio legal:

"Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

Junto a esta nota definitoria del concepto de lesión, la LRJAP-PAC, describe los caracteres que debe reunir el daño para poder ser indemnizable:

"En todo caso el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o a un grupo de personas"[559].

El carácter efectivo o actual del daño no excluye que su manifestación, externa o interna, se produzca en un futuro más o menos lejano, siempre que el daño sea su causa real.

En cuanto al carácter relativo a que el daño sea evaluable económicamente, esta circunstancia no presenta problemas en relación con los daños materiales; sin embargo, presenta mayor complejidad con relación a los daños personales y morales. A este respecto, la dudosa redacción

558 SSTS3ª de 4 de octubre de 1978 y 5 de junio de 1981, entre otras muchas.

559 Artículo 139.2.

del artículo 121 de la LEF, si bien aclarada por el artículo 40 de la LRJAE, hizo vacilar a la jurisprudencia, mostrándose reacia a su admisión. Fue nuevamente en la década de los 70 cuando se comenzó a admitir, en sede Contencioso-Administrativa, el resarcimiento de tales daños[560]. Incluso la indemnización de los daños morales, inicialmente rechazados (STS3ª de 11 de abril de 1972), son, a partir de la STS3ª de 16 de julio de 1984, generalmente admitidos.

También en este aspecto, la LRJAP-PAC ha venido a normativizar esta última línea jurisprudencial, más favorable al ciudadano, al consider, en su artículo 139, como daño indemnizable "toda lesión en sus bienes y derechos", incluyendo de modo expreso en su artículo 142.5, a los "daños de carácter físico o psíquico".

Finalmente, el daño deberá ser individualizado con relación a una persona o grupo de personas, característica ésta que ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que se ha de tratar *"de un daño concretado en el patrimonio del afectado y que no constituya una carga común que todos los administrados tengan el deber de soportar"*[561]. Sin embargo, resulta admisible la declaración de responsabilidad patrimonial cuando la carga entrañe un sacrificio excesivo y desigual para alguno de los administrados[562].

Pero, además, resulta necesario, para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad patrimonial, que el daño pueda ser imputado a la Administración y que exista un nexo causal entre el hecho y el perjuicio que se pretenda resarcir.

Este importante condicionante estriba en la comprobación de que el hecho causante de la lesión sea jurídicamente atribuible a la Administración.

Expuesto anteriormente el ámbito de aplicación de la LRJAP-PAC, el dato relevante a tener en cuenta ahora es el de la integración del agente causante del daño en la organización administrativa de que se trate.

560 STS3ª de 29 de febrero de 1972.

561 SSTS3ª de 5 de abril de 2011 y 7 de diciembre de 1981.

562 Dictamen del Consejo de Estado de 8 de julio de 1971.

Así, la imputación a la Administración tendrá lugar cuando el hecho causante de la lesión lo haya producido no sólo un funcionario, en el sentido que a este término ofrece la legislación administrativa, sino cualquier tipo de autoridad, empleado, contratado o agente (con lo que claramente se incluyen en este criterio los daños causados por el personal estatutario de la Seguridad Social[563]), además de los concesionarios y contratistas si, en éste último lugar, el daño es consecuencia del cumplimiento de alguna de las cláusulas del contrato administrativo, e incluso los daños producidos por las personas situadas bajo la autoridad o custodia de las Administraciones Públicas[564].

La imputación del daño a la Administración parte, pues, del elemento nuclear de la titularidad administrativa del servicio cuyo giro produjo la lesión, permitiendo incluir las actividades de todos aquellos que realizan funciones públicas, incluso de forma ocasional, a partir del dato de su integración en la organización administrativa.

No obstante, se excluirá la imputación a la Administración cuando la actividad dañosa se hubiera producido por agente o funcionario al margen de las funciones propias del cargo, puesto que, en este caso, se produce una desconexión total con el servicio[565].

Por otra parte, la LRJAP-PAC, al configurar un sistema objetivo de responsabilidad de máximas garantías para el ciudadano, retoma, en su artículo 139.1 la expresión "funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos" – omitida en el artículo 106.2 de la CE que alude, únicamente, al "funcionamiento de los servicios" – para no dejar lugar a dudas de que la imputación se hará no sólo cuando concurra un funcionamiento defectuoso[566], o una omisión en el funcionamiento de los servicios públicos, sino cuando los mismos hayan funcionado correctamente, y aún así se haya producido la lesión. En el caso del funcionamiento

563 Incluso para los empleados administrativos, como ocurre con el personal estatutario, En su condición de funcionarios especiales según dispone el artículo 1 del EMPESS, y tal como declaró la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de Sentencia T.S.J. Madrid 340/2010, de 16 de marzo.

564 Puede, por tanto, interpretarse a *sensu contrario* que, cuando no se den las circunstancias señaladas, la responsabilidad recae en el contratista. La interpretación coherente, aunque la redacción de este artículo no la facilita parece ser la de seguir el procedimiento del Real Decreto 429/1993 en supuestos de daños derivados de actuación administrativa, tanto si aquéllos se ocasionaron directamente por un órgano de la Administración, como si se causaron a través de un concesionario. Este criterio fue expuesto por el Consejo de Estado, en el Dictamen realizado el 11-2-1993, con motivo de este Reglamento.

565 SSTS3ª de 5 de abril de 2011 y 23 de septiembre de 1982.

566 Es clara la responsabilidad en los casos de funcionamiento anormal, por la concurrencia de esta misma circunstancia. STS2ª de 28 de enero de 1986.

anormal del servicio, con concurrencia de daño, es clara la motivación de la condena a la Administración sanitaria, como sucedió en el caso[567] en el que "…*se declaró omisión de pruebas básicas de diagnóstico: hemograma, ecografía, bioquímica sanguínea; y respecto de la prueba de radiografía no consta si fue efectuada en la forma adecuada… no se utilizaron los medios que debieron emplearse. La cuestión nuclear de la responsabilidad no se da por el motivo de si debió operarse… o de si hubo retraso en la detección de la peritonitis que entonces era inexistente, sino la de no observar, pudiendo hacerse, que había una diverticulitis en fase álgida… el riesgo que se corrió por no verificar un diagnóstico correcto y posible, luego materializado, de perversa evolución hacia la peritonitis no corresponde que lo asuma la enferma, sino los servicios médicos que omitieron, injustificadamente, hacer las pruebas diagnósticas posibles.*

Es también requisito para que tenga lugar la exigencia de responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas – en nuestro caso Sanitarias – la existencia de una relación causa – efecto, directa e inmediata, entre el actuar imputable a la Administración y la lesión: nexo éste que ha de ser exclusivo *"sin interferencias externas en las que intervenga el lesionado"* y sin concurrencia de fuerza mayor, según tienen declarado las SSTS3ª de 22 de abril de 1989 y 19 de enero de 1990; sin embargo, esta relación de causalidad ha sido matizada en diversas ocasiones por el Consejo de Estado[568] y la propia doctrina jurisprudencial, estableciéndose el criterio de que, en la medida en que la incidencia en el nexo causal de la intervención extraña – de la víctima o de tercero – no destruya la incidencia del actuar de la Administración en la generación del daño, no puede tampoco descartarse por completo el deber de ésta de indemnizar al lesionado.

No es posible la condena a la Administración sanitaria cuando es inexistente la causalidad entre acciones u omisiones de aquella y el daño del perjudicado. Así la sentencia[569] en la que se trataba de dilucidar la responsabilidad por el fallecimiento de una persona "...*dando por acreditado que el mismo se produjo por la Enfermedad de Creutzfeldt-Jakob, vecj y precisando que ante la inexistencia de otros factores de riesgo, es razonable presumir que el contagio de la*

567 Sentencia del TSJ de Aragón, Contencioso de 17 de marzo de 2014.

568 Órgano que emite dictámenes definitivos (no cabe después ningún otro informe) en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Artículo 2.4 de la Ley Orgánica 2/1980, de 22 de abril. En realidad son como superpropuestas de resolución. El Ministro competente, ha de resolver el asunto que fue sometido a consulta preceptiva del repetido órgano, de conformidad con el informe-propuesta de éste. De existir disconformidad con el mismo habrá de resolver el Consejo de Ministros. Aquélla vinculación está motivada por el carácter de órgano consultivo del Consejo de Estado, de relevancia constitucional, respecto del Gobierno, dirigiendo el criterio de la Administración Pública. Así lo ha reconocido en diversas ocasiones El Tribunal constitucional (SSTCo 56/1990 y 204/1992).

569 Audiencia Nacional. Contencioso de 31 de marzo de 2014.

enfermedad se produjo por el consumo de carne de ternera contaminada con la enfermedad, al reflejarse en la síntesis de la encuesta epidemiológica efectuada… en lo referente al régimen alimenticio de Dª. Fermina, el consumo de hamburguesas, salchichas y sesos, a pesar de lo cual el desconocimiento del momento en que se produjo el contagio, en función de la indeterminación existente del período de incubación de la enfermedad, no permite considerar acreditada la existencia de la necesaria relación de causalidad entre el contagio de la enfermedad y el funcionamiento de la Administración… hasta el año 1996 el estado de la técnica y de la ciencia no permitía detectar y diagnosticar la relación entre la EEB y la vECJ, "por lo que no cabe exigir hasta esa fecha que se adoptaran medidas de protección de la salud de los consumidores, lo que excluiría la responsabilidad de la Administración, por no ser antijurídico el daño producido"

Para concluir esta introducción, la LRJAP-PAC, prevé dos tipos de procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (artículos 142 y 143), cuales son el procedimiento general u ordinario, y el procedimiento abreviado, con reducción de los plazos establecidos para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial, en éste último caso, los cuales han sido objeto de desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sigue vigente tras la publicación de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La Disposición Derogatoria Única de esta norma recoge la redacción habitual de "Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan, contradigan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley…" cosa que no sucede en la temática de la responsabilidad patrimonial, Entre las menciones concretas de derogaciones expresas no aparece la Ley 30/1992.

2. La responsabilidad de las Instituciones Públicas Sanitarias en la doctrina y la jurisprudencia

Se han recogido en el epígrafe precedente las líneas fundamentales que la legislación y la jurisprudencia han ido estableciendo, en una breve evolución histórica, sobre la responsabilidad

patrimonial de la Administración en general, determinando unos caracteres jurídicos que la definen.

En el presente apartado, se pretende exponer las líneas básicas de los criterios doctrinales, y de la jurisprudencia, referidos a la responsabilidad de los médicos, así como a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias que, como no podía ser menos, también ha ido variando a lo largo del tiempo, fundamentalmente tras la publicación de la LGS.

Si bien la línea jurisprudencial sobre la responsabilidad médica y de las Administraciones Sanitarias no se aparta en exceso de la establecida para la Administración en general, sí presenta algunas características peculiares derivadas del derecho protegido, esto es, el derecho a la protección de la salud.

Por otra parte, la consolidación del Estado Autonómico y la asunción de las competencias sanitarias por parte de las Comunidades Autónomas, ha incidido también, como luego se verá, en la responsabilidad derivada de sus distintos ámbitos de actuación.

a) La responsabilidad de las Administraciones sanitarias

Los principios rectores en materia de responsabilidad médica parecen experimentar una excepción cuando la demanda es formulada contra los Servicios de Salud del Sistema Nacional de Salud. La inversión de la carga de la prueba y la ausencia de presunción de culpa no es aplicada por los Órganos Judiciales en aquellos supuestos de hecho en que no se cuestiona la responsabilidad individual o colectiva del facultativo o equipo médico.

En estas hipótesis, los Órganos Judiciales se inclinan por la aplicación de principios de exigencia de responsabilidad prácticamente objetivos, de forma que el Servicio de Salud demandado resulta condenado a la indemnización de los daños y perjuicios causados en virtud del resultado acaecido, abstracción hecha de que quede acreditada en el proceso judicial la culpa de algún concreto facultativo, o en general de algún profesional sanitario de los que hubieran intervenido en la asistencia al enfermo, y ello sin perjuicio de la acción de repetición prevista en el artículo 145.2 de la LRJAP-PAC.

Cuando así ocurre, los Órganos Judiciales aprecian, para determinar los requisitos de exigencia de responsabilidad patrimonial, al "conjunto de posibles deficiencias asistenciales", lo que exime al paciente de probar en qué momento de la actuación médica se produjo la deficiencia, y por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella.

Pero es que, además de fundamentarse las resoluciones que resuelven supuestos de hecho de responsabilidad patrimonial en la normativa propiamente administrativa (artículos 139 y siguientes LRJAP-PAC), en otros casos la declaración de responsabilidad objetiva de los centros, servicios y establecimientos sanitarios dimana de lo establecido en la LGDCU[570], norma legal ésta que, sobre el régimen especial de responsabilidad por los daños causados por otros bienes y servicios, menciona expresamente a los "servicios sanitarios"[571].

Y en las previsiones legales de este sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Sanitarias, las únicas causas que permiten a las mismas exonerarse de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados son la prueba por parte de la Administración del carácter no antijurídico del daño, la prueba de la obligación de soportar el daño[572], los "riesgos del desarrollo"[573], y la fuerza mayor.

Conviene hacer una precisión acerca de la obligación jurídica, por parte del paciente, de soportar el daño como causa de exclusión de la responsabilidad indemnizatoria de la Administración

570 Artículo 148, según el cual se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

571 Así sucede, por ejemplo, con la STS1ª de 29 de noviembre de 2002.

572 "Desde antes de la normativa actual, ya el Consejo de Estado aludía a este elemento esencial en la responsabilidad patrimonial"…la lesión es un perjuicio cualificado por el hecho de que el sujeto pasivo del evento dañoso no tenga la obligación de soportar ese daño, es decir que el ordenamiento jurídico no legitima el menoscabo patrimonial…". (Dictamen de 8 de julio de 1971).

573 Los denominados por la doctrina "riesgos del desarrollo" fueron normativizados mediante la modificación del artículo 141.1 de la LRJAP-PAC que señala lo siguiente: "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de los daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

sanitaria. La concurrencia de esta situación elimina la aludida responsabilidad aún cuando se haya producido un daño, siempre que concurran, naturalmente, una información previa adecuada y una correcta praxis. Este planteamiento es expuesto con claridad meridiana en una reciente sentencia del Tribunal Supremo[574] cuando recoge que: "…*el derecho a la indemnización de los daños producidos decae cuando el lesionado tenga el deber jurídico de soportarlos o cuando la Administración hubiese dispuesto de todos los medios, hasta el punto de hacer imprevisible o inevitable la producción de aquel en atención a los conocimientos existentes en el momento de la producción del hecho, de donde resultaría que el mencionado deber jurídico de soportar el daño tendría como condición previa la puesta a disposición de manera diligente de todos los medios que eviten una intervención innecesaria así como una información comprensiva de aquellas consecuencias que después son consideradas normales, pero cuyo origen es desconocido, elementos que al no haber concurrido en el caso habrían dado lugar a una ausencia de diligencia o vigilancia suficiente por parte de la Administración, que determinaría que desapareciese el deber jurídico de la paciente de soportar el daño sufrido… considerado…que hubo consentimiento informado y que se dio debido cumplimiento a la "lex artis" y constando asimismo -como antes hemos indicado- que para la situación de la recurrente era indicado el tratamiento… resulta imposible negar que no hubo pérdida alguna de oportunidad sino, por el contrario, asunción del eventual riesgo derivado de una correcta prestación del acto quirúrgico, que por eso la había constituido en la obligación de soportar el posible daño inherente a ese riesgo, siempre, naturalmente, que dicho acto cumpliese -como se da por acreditado en la instancia- las reglas de la lex artis."*

Centrándonos ahora, de entre estas causas de exclusión de la responsabilidad en la fuerza mayor, es conveniente señalar que, a diferencia de los "riesgos del desarrollo" la única causa de exoneración de la obligación de indemnizar prevista en el artículo 106.2 de la CE es la fuerza mayor.

En la medida en que, ni en la CE ni en la LRJAP-PAC, se alude al caso fortuito como causa de exención de responsabilidad, resulta necesario distinguir ambos supuestos entre sí.

A tal fin puede, sintéticamente, decirse que, aunque la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, en base a lo dispuesto en el artículo 1105 del CC, ha sido objeto de amplia discusión doctrinal,[575] parece aceptada comúnmente la distinción entre ambas instituciones en base al

574 STS, Contencioso-Administrativo de 20 de mayo de 2014.

575 J. RODRÍGUEZ – ARANA MUÑOZ (coord..) e I. DEL GUAYO CASTIELLA (coord..).*Panorama jurídico de las Administraciones públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*. Ed. Ministerio

criterio de que, en el supuesto de la fuerza mayor, aunque se hubiera previsto el riesgo, éste habría sido inevitable, a lo que habría que sumar otros dos caracteres de la fuerza mayor, de los que carece el caso fortuito, que son el que aquélla constituye una causa extraña, al margen o fuera de la empresa o servicio y, asimismo, de los acontecimientos que deben preverse en el curso normal de la actividad.

Aplicando este criterio al ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, la más reciente doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, viene rechazando las demandas deducidas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias, por el contagio de determinadas enfermedades (Hepatitis, VIH...), como consecuencia de las transfusiones de sangre o hemoderivados, cuando dicha transfusión tuvo lugar antes[576] de que se hubiera descubierto la enfermedad y, consecuentemente, los test que permitían descartar la existencia del virus en la sangre[577] que, con posterioridad, se transfundió, por considerar dicha circunstancia como constitutiva de fuerza mayor.

Es preciso destacar que la exención de responsabilidad de la Administración sanitaria, ante la demanda de una persona contagiada de algún virus de Hepatitis se ha dado en ocasiones, además de por el argumento expuesto (evolución de la ciencia) por el hecho de que, habiendo constancia del hecho del contagio, no pudo probarse, sin embargo, que la vía hubiera sido la transfusional. El contagio sexual e incluso *la utilización en el análisis de material infectado*[578] han sido argumentos excluyentes ocasionales de la responsabilidad sanitaria.

de Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid. 2002. Págs. 1126 y ss.

576 STS3ª de 22 de septiembre de 2004 y con el mismo argumento STSJ Comunidad Valenciana de 12 de abril de 2006 condenó al haberse producido el caso contrario. Declara que es indemnizable un contagio acaecido en 1993: "…toda vez que entonces era exigible practicar los preceptivos test de detección de VHC a todas las donaciones de sangre efectuadas con fines terapéuticos conforme (tanto) a la normativa autonómica como a nivel estatal en la Orden sobre Pruebas de Detección de anticuerpos del Virus de la Hepatitis C en las donaciones de sangre…".

577 STS3ª de 8 de marzo de 2006. Exonera de responsabilidad al sistema Sanitario por dicho motivo. No existe responsabilidad por el contagio del virus de la hepatitis C, en un centro sanitario público, acaecido con anterioridad a 1989, por ser este espacio temporal previo al descubrimiento de la clonación del virus y a que se adoptase la Orden de 3 de octubre de 1990 que obligaba a la realización de pruebas de detección del virus. Existe falta de posibilidad, por tanto técnica y de obligatoriedad legal.

578 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Página 473.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009.

b) La responsabilidad concurrente de los Servicios de Salud

Tras la entrada en vigor de la CE, el reconocimiento en la misma de la autonomía de las Corporaciones Locales y de las Comunidades Autónomas hizo variar sensiblemente la relación existente hasta entonces entre ellas.

En el ámbito sanitario, y por lo que afecta a la autonomía local, ésta se hizo visible en la LGS. Dada la imbricación que se establece en la misma entre los intereses sanitarios generales y locales, resultó muy difícil que las competencias sanitarias que se reconocen en la norma a favor de las Corporaciones Locales se concibieran en la Ley expresándolas en una lista tasada de asuntos exentos de cualquier intervención de otra Administración. Por el contrario, los servicios sanitarios se concentraron bajo la responsabilidad principal de las Comunidades Autónomas, recibiendo las Administraciones Locales, además de algunas competencias mínimas de gestión directa, el reconocimiento de un derecho a participar en los órganos colegiados de gestión de los nuevos servicios sanitarios.

La introducción masiva de técnicas de participación en la adopción de decisiones, en lugar de la fórmula de la exclusividad de la competencia, o de la responsabilidad en la gestión, multiplica los ejemplos de concurrencia de distintas Administraciones Públicas en la gestión de la asistencia sanitaria, y por ende de la responsabilidad patrimonial derivada del mal funcionamiento de los servicios sanitarios. La organización de los servicios sanitarios locales ha salido de la órbita exclusiva de los Ayuntamientos y ha pasado a atribuirse a las Áreas de Salud, en cuyo gobierno participan distintas Administraciones Públicas.

Surge, en consecuencia, la duda acerca de cuál es la Administración Sanitaria que responde de la producción del daño en tales supuestos de concurrencia en la gestión, habida cuenta que existen múltiples formas de producción de un daño en la colaboración entre diferentes Administraciones (producción de lesiones por un órgano mixto), daños producidos al ejecutar una norma o plan de otra Administración, lesiones en ejercicio de potestades delegadas, responsabilidad con ocasión del ejercicio de potestades de control de una Administración sobre otra...) y sobre cómo se organiza el reparto interno de la deuda originada por la lesión.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LRJAP-PAC, Muñoz Machado[579] opinaba que "resolver los problemas de la responsabilidad concurrente es bastante más que un ejercicio teórico. Por el contrario, las nuevas prácticas administrativas revelan que existe un *quid* inapropiado en los que se venían considerando, hasta ahora, refinados mecanismos de nuestro sistema de responsabilidad administrativa. No es posible ya buscar un patrimonio público y declararlo responsable. Es preciso afinar mucho más el régimen externo (frente a los lesionados) e interno (entre los productores del daño) de responsabilidad administrativa concurrente", concluyendo que "no hay una sola regla en nuestro ordenamiento que autorice a no discernir, como tantas veces ha hecho hasta ahora la jurisprudencia contencioso – administrativa. *In claris*: no hay ... una sola regla en la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, de 22 de septiembre de 1980, que permita justificar que el Estado o las Comunidades Autónomas paguen por cuenta de otra Administración lo que no deben, o que tengan que indemnizar por daños que no han causado".

La entrada en vigor de la LRJAP-PAC vino a resolver esta cuestión para la actuación de todas las Administraciones Públicas, siguiendo la doctrina legal sentada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo para casos análogos, a favor de la solidaridad, tal y como establece claramente su artículo 140.

En desarrollo del citado precepto legal, el RPRP aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, establece, en su artículo 18.3, que: *"la responsabilidad entre las Administraciones implicadas es solidaria. En el orden interno, la distribución de responsabilidad entre distintas Administraciones Públicas se regirá por los criterios que establezcan las fórmulas colegiadas".*

c) La responsabilidad patrimonial y la transferencia de las funciones del INSALUD a las Comunidades Autónomas

Como se ha tratado en los apartados anteriores, nuestro régimen legal sobre responsabilidad patrimonial se caracteriza por su naturaleza objetiva y directa, por lo que el concepto clave sobre el que gira todo el sistema es el concepto de lesión.

579 MUÑOZ MACHADO, S. *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas*. CIVITAS. 1992. Págs. 16 y ss.

El artículo 139.2 de la LRJAP-PAC, describe los caracteres que debe reunir el daño para ser indemnizable: *"en todo caso el daño habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas"*.

Esta primera exigencia de que el daño sea real y efectivo, esto es actual, no excluye que su manifestación externa o interna se produzca en un futuro más o menos lejano, siempre que el daño sea su causa efectiva, circunstancia ésta que se produce con mucha frecuencia en el ámbito de la asistencia sanitaria, en que los efectos de la lesión pueden manifestarse, en ocasiones, meses e incluso años después del acto lesivo en sí[580].

Precisamente, es por el transcurso de este lapso temporal por lo que, en la práctica, han surgido problemas en la determinación de la Administración responsable de la indemnización, por causa del traspaso de la Administración Sanitaria del Estado a las Comunidades Autónomas, así como de las funciones y servicios sanitarios en los que se materializó la lesión.

Es conocida la circunstancia de que, con fecha de 1 de enero de 2002, se completó la transferencia de las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas que aún no la habían obtenido.

En base a dicha transferencia, es posible que puedan deducirse reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados con ocasión de la asistencia sanitaria prestada con anterioridad al proceso de traspasos mencionado, pero cuyos efectos lesivos se manifiesten con posterioridad al mismo, surgiendo la duda de cuál es la Administración responsable del abono de la indemnización.

580 La STS3ª de 6 de mayo de 2011 declara que, como se indica en la sentencia de 11 de mayo de 2004, la jurisprudencia ha distinguido entre daños permanentes y daños continuados, entre otras, las siguientes sentencias de 12 de mayo de 1997 , 26 de marzo de 1999 , 29 de junio de 2002 y 10 de octubre de 2002, según la cual, por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, mientras que los continuados "son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un período de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, "el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos", o como señala la sentencia de 20 de febrero de 2001, en estos casos, para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial el «*dies a quo*» será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencias, entre otras, de 8 de julio de 1993, 28 de abril de 1997, 14 de febrero de 1994, 26 de mayo de 1994 y 5 de octubre de 2000).

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo[581] declaró al respecto que:

"... la potencial obligación económica en que se traduce la declaración de responsabilidad civil subsidiaria nace en el momento del fallo en que así se declara, ya que, hasta ese momento no puede afirmarse su existencia y... cuando hay cambios de titularidad gestora del hospital, a quien se condena a responder es al titular actual en el momento del fallo, ya que se ha recibido en transferencia ese servicio y, con él, las obligaciones resultantes de su gestión, y ha de hacer frente a las que surgen ya bajo su mandato, pues es entonces – cuando se dicta el fallo – cuando esa condena – supuesta la insolvencia de los responsables directos – tendrá su repercusión administrativa en el capítulo presupuestario que corresponda; lo cual no se opone a que pueda repetir, para buscar un resarcimiento posible, reclamando a la administración gestora anterior;... se trata pura y simplemente de un caso de sucesión administrativa de entidades públicas y puede extendérsele el principio que establece el artículo 105 del Código Penal (de 1973)".

Debe manifestarse que este criterio jurisprudencial coincide con el establecido en la LRJAP-PAC, puesto que la misma impone un sistema de responsabilidad directa de la Administración que gestione en el momento en que resulta pura y exigible la obligación de resarcir, con independencia de la facultad de repetir contra el agente causante de la lesión, siempre que el mismo hubiera incurrido en dolo, culpa o negligencia grave.

d) Los nuevos entes instrumentales para la prestación de los servicios sanitarios y la responsabilidad patrimonial

Se pretende abordar, en este apartado, el análisis de las nuevas tendencias organizativas en la gestión de los servicios sanitarios, centrándonos fundamentalmente en aquellos creados por las Comunidades Autónomas, y la aplicación a los mismos del régimen de responsabilidad patrimonial establecido en la LRJAP-PAC, para concluir con la cita de algunas opiniones doctrinales y jurisprudenciales al respecto.

Una de las polémicas doctrinales[582] que se ha manifestado con mayor virulencia en los

581 STS2ª de 11 de octubre de 1990.

582 I. BORRAJO INIESTA. *El intento de huir del Derecho Administrativo*. Revista de Administración Pública. Madrid. Núm. 78. Págs. 233 y ss.

últimos años, en el ámbito sanitario, es la relativa a la supuesta crisis de los conceptos de "servicio público" y de "establecimiento público" (entendiendo por éste el servicio público personificado). La razón se centra en que si la actividad económica pública se disociara del servicio público, la consecuencia lógica seria la de rebautizar también el instrumento operativo: la empresa pública nace así como contrapunto de la empresa privada.

No obstante, el "agrandamiento" del Estado que esto significa, produce, curiosamente, un abandono de las técnicas propias del Derecho Administrativo, para apropiarse las del Derecho Privado, produciendo, desde el punto de vista jurídico un caos terminológico: para unos, la empresa pública constituiría cualquier forma de actuación industrial o mercantil del Estado; para otros, el concepto de empresa pública debería reservarse a aquéllos supuestos en que el Estado actuara en forma de sociedad mercantil sometida al Derecho Privado.

Este fenómeno de la privatización puede estudiarse desde tres perspectivas: 1.- Privatización en cuanto a la forma (organizativa y funcional) como el Estado desarrolla su actividad; 2.- Privatización en cuanto a la forma de gestionar servicios públicos tradicionales; y 3.- Privatización de la actividad.

Desde la óptica que aquí nos interesa, el segundo de ellos, la privatización en cuanto a la forma de gestión de servicios públicos tradicionales, constituye la segunda fase de un proceso conocido en la doctrina como "huida del Derecho Administrativo", [583] que se manifiesta como inherente a la creación de entes administrativos personificados, de carácter instrumental, cuyos fines e intereses son los mismos de la Administración Pública que ahora se alcanzan empleando una fórmula descentralizadora. El régimen jurídico administrativo de estos entes personificados se establecía en la propia norma que los creaba; régimen jurídico singular, de excepción con respecto al ordenamiento general (específicamente presupuestario y financiero) aplicable a la Administración. La idea era que para actuar con flexibilidad y eficacia en la satisfacción de las necesidades públicas había que escapar al estrecho corsé que los procedimientos administrativos representaban.

El proceso derivará en una fase más avanzada, en lo que la doctrina ha denominado "apostasía del Derecho Administrativo"[584] Invocando el principio de eficacia se termina por enfrentarlo con el sistema mismo del Derecho Administrativo; pues lo que ahora se plantea no es un

583 I. BORRAJO INIESTA. Obra citada.

584 S. DEL SAZ CORDERO. *La huida del Derecho administrativo. Últimas manifestaciones: aplausos y críticas*. Revista de Administración Pública nº 133. 1994. Págs. 57 a 98.

régimen jurídico – administrativo singular, sino un sometimiento casi total al Derecho Privado. El tema, se dice[585], desborda los límites de la mera teoría de la organización administrativa para replantear nada menos que la cuestión de la distribución de la actividad de las Administraciones Públicas sometidas a régimen jurídico – administrativo o a régimen de Derecho Privado.

Sintetizando las notas típicas más generales del régimen jurídico de los nuevos organismos, estas serían: 1.- Se trata de establecimientos públicos; 2.- En sus relaciones con terceros quedan sometidos al Derecho Privado, por lo que quedan fuera del ámbito de aplicación de la LCSP (que sólo tendría carácter supletorio); 3.- En cuanto a su personal, se advierte una progresiva sustitución del derecho "funcionarial" por el Derecho Laboral, que, curiosamente, ofrece su acogida a quienes siendo funcionarios públicos de carrera, renuncian a la situación "en activo", para pasar a la de la excedencia voluntaria, previa declaración de la situación de comisión de servicios.

La LGS dispone, en su artículo 50, que en cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud, integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos, y cualesquiera otras Administraciones Territoriales Intracomunitarias.

En base a dicho precepto se han creado, en cada Comunidad Autónoma, el correspondiente Servicio de Salud, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. En cuanto a su naturaleza jurídica, según los casos, tales servicios se han constituido como organismos autónomos administrativos, entes públicos institucionales o entes públicos de carácter autónomo, adscritos a las Consejerías competentes en materia sanitaria.

Las disposiciones legales de las Comunidades Autónomas que crean los Servicios de Salud han previsto, a excepción de algunos casos, la posibilidad de ejercicio de las funciones encomendadas a dichos Servicios mediante entes creados al efecto bajo fórmulas de Derecho Público o de Derecho Privado.

585 S. DEL SAZ CORDERO. Obra citada.

A título de ejemplo, la Ley 15/1990, de 9 de julio, reguladora del Servicio Catalán de la Salud, en su artículo 7.2 prevé que: "el Servicio Catalán de la Salud podrá establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas, formar consorcios de naturaleza pública y crear o participar en cualquiera otras entidades admitidas en derecho... cuya constitución habrá de ser autorizada por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad".

Sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar que, al amparo de estas previsiones legales se han constituido, como nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios, empresas públicas, fundaciones sanitarias privadas, fundaciones sanitarias públicas y consorcios que, de una u otra forma, combinan disposiciones propias del régimen jurídico administrativo y del privado.

A la vista de la configuración jurídica de las nuevas formas de gestión sanitaria, ha de determinarse, en el tema que nos ocupa, si les son aplicables los contenidos de la LRJAP-PAC, en cuanto al sistema de responsabilidad.

Como se dijo anteriormente, la citada Ley ha configurado un sistema de responsabilidad administrativa común para todas las Administraciones Públicas, en consonancia con la configuración de una competencia exclusiva estatal sobre esta materia. La exposición de motivos de la Ley habla así de una competencia plena y exclusiva del Estado sobre todo el sistema de responsabilidad administrativa.

En su artículo segundo se determina el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley y, del tenor literal de este precepto, cabe deducir que la norma abarca tanto la Administración Territorial como la Institucional y, en el apartado segundo de dicho artículo, se cataloga decididamente como Administración Pública a cualquier entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia siempre que estén vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, y ejerzan potestades administrativas.

En cuanto a la actuación de las diferentes Administraciones Públicas en régimen de Derecho Privado, el artículo 144 de la LRJAP-PAC, advierte que responderán éstas (las Administraciones Públicas) directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación de este personal actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentra.

De todo lo anterior, puede deducirse que tanto el conjunto orgánico público que integra el Sistema Nacional de Salud, como las entidades privadas que gestionan este servicio por vía de vinculación o concierto constituyen, a los efectos de la LRJAP-PAC, Administración Pública, ya sea por expresa mención de la misma Ley, bien por vinculación o dependencia de estas entidades respecto de las Administraciones Públicas en la gestión de un servicio público[586].

Esta consideración sujetaría, en consecuencia, a la LRJAP-PAC, las acciones dirigidas a hacer efectiva la exigencia de responsabilidad habida cuenta que la actividad sanitaria del Servicio Nacional de Salud es una actividad de servicio público imputable a la Administración tutelar del mismo, sujeta en cuanto a los eventuales efectos dañosos de su funcionamiento, inicialmente a dicha Ley y, posteriormente, a la LJCA.

No obstante, pretendemos apuntar lo que algunas opiniones doctrinales y jurisprudenciales han determinado sobre estas cuestiones en situaciones análogas.

En términos generales, los estudios publicados sobre la aplicación de la LRJAP-PAC, entienden que, en el sistema de responsabilidad implantado en la misma, la imputación del daño a la Administración parte del elemento nuclear de la titularidad administrativa del servicio cuyo giro produjo la lesión.

Este amplio criterio permite incluir las actividades de todos aquellos que realizan funciones públicas, incluso de forma ocasional, a partir del hecho de su vinculación administrativa.

En todo caso, también debe señalarse, los criterios de imputación han sido manejados de forma muy amplia por la jurisprudencia. Así la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo[587] ha extendido la responsabilidad de la Administración *"a los casos en que la organización y funcionamiento de los servicios públicos creen situaciones de riesgo, cuya realización concreta, aunque individualmente responda a una conducta del agente ajena al servicio, no obstante sea susceptible de imputarse razonablemente a aquel riesgo específico, grave y peculiar cuyo origen se encuentra en el concreto sistema de organización y funcionamiento que impone la Administración, por considerarla la opción más acorde con el interés público".*

586 El fundamento auténtico de la imputación a una Administración Pública es, precisamente, la inclusión del evento dañoso en la esfera de lo público (STS3ª de 22 de marzo de 1995 y de 23 de mayo de 1995).

587 STS3ª de 27 de mayo de 1987.

De esta forma, el Tribunal Supremo sostiene la tesis de que los criterios y formas de organización de los servicios públicos, por razón de los riesgos que generan, justifican la imputación al funcionamiento de tales servicios, de los daños producidos.

En otros casos, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha venido empleando como criterio de imputación el de la titularidad del servicio. Así, en el caso resuelto por la STS3ª de 23 de octubre de 1990, se condena a la Administración titular del servicio (Ayuntamiento), excluyéndose la responsabilidad de la entidad propietaria de los bienes causantes de la lesión (una Mancomunidad de Aguas), ofreciendo el siguiente argumento:

"Todo servicio público, en cuanto que implica una actividad prestacional del ente público titular del mismo, dirigida a proporcionar una utilidad a los particulares, sólo puede tener como titular activo a dicho ente público originario, y esa finalidad es claro que incluye entre sus facultades la de ... gestionar el correspondiente servicio, lo cual no impide que la gestión del servicio... se haya asumido por la Mancomunidad, ya que en todo caso el Ayuntamiento conserva dicha titularidad de gestión y subsiste en el mismo un poder de control y dirección inherente a su propia titularidad...".

Muñoz Machado[588] entiende al respecto que, con carácter general, a la vista de la jurisprudencia comentada, la personificación de un ente público cualquiera lo convierte en centro de imputación, perfectamente separado, a los que es preciso referir las relaciones jurídicas y la responsabilidad derivada de los actos y hechos de los que sean causantes. Pero la personalidad jurídica, no es siempre una barrera insusceptible de ser traspasada. En ocasiones, la posición de instrumentalidad que algunos organismos públicos tienen en relación con la Administración que los constituye, permite saltar por encima de la personalidad jurídica e imputar a la Administración principal o matriz las consecuencias de algunas actuaciones de estas entidades secundarias.

En el ámbito de los organismos públicos de carácter instrumental, creados por una Administración Pública para la prestación de un servicio, no es posible establecer un único patrón o modelo. Existe una verdadera gradación de la autonomía de la que disfrutan, una escala de la personalidad.

588 Opus citado. Págs. 46 y ss.

En ocasiones, estos entes instrumentales se desdoblan en otros de segundo nivel, y la consideración del conjunto de entidades que atienden un servicio como un complejo jurídico, ha sido establecida por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo[589], señalándose que, a pesar de que en el esquema de la Ley de creación del Ente (Radio Televisión Española), se crea un ente público y, dependiendo de él, diversas sociedades anónimas que gestionan servicios concretos *"se está en presencia de un único servicio público con un titular único y una constelación de entes públicos todos ellos, cuyo capital es público en su integridad y cuya apariencia jurídica responde a idénticos criterios, en un sistema coherente regido por un mismo grupo normativo".*

Ocurre, a veces, también en el ámbito del Derecho Público, que la personificación jurídica se utiliza para huir fundamentalmente de concretas regulaciones, para obtener posiciones de ventaja con abuso, para excluir imputaciones de responsabilidad o aminorarla, etc. Cuando los entes instrumentales creados por las Administraciones Públicas, sean de base institucional o empresas mercantiles, se crean con dichas finalidades, o las relaciones jurídicas que traban pueden llegar a presentar los indicados efectos perversos, es posible operar un "levantamiento del velo de la personalidad", y, en consecuencia, trasladar a la Administración matriz las consecuencias lesivas de la actividad de estos entes secundarios.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo de las personalidades en relaciones jurídico privadas en casos similares a los indicados, como por ejemplo, en el caso de una Sociedad Anónima creada por un Ayuntamiento[590], declarando que *"la tesis y práctica de penetrar en el sustratum personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo 6.4 del Código Civil), admitiendo que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo 7.2 del Código Civil) en daño ajeno, o de los derechos de los demás".*

Esta doctrina general la traslada luego la Sala al ámbito del Derecho Público, en los siguientes términos:

589 STS3ª de 2 de enero de 1991.

590 STS1ª de 28 de mayo de 1984.

"Que también en el ámbito del Derecho Administrativo, cuando se habla de los entes públicos o de gestión a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho Privado (Sociedades Anónimas, por ejemplo)... no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regido por el Derecho Privado, pero en realidad – internamente – de la pertenencia a la Administración...".

Para concluir, Muñoz Machado[591] entiende que la identidad de los órganos gestores, la estabilidad de la compañía, la dedicación concreta y efectiva al cumplimiento de su objeto, la adecuación a la cifra de su capital o patrimonio, o las obligaciones que contrae, y su condición de empresa de capital total y exclusivamente público o mixto, son criterios que deben servir para discriminar los casos en que debe reconocerse autonomía patrimonial y personalidad plena a las sociedades de capital público, a los efectos de la exigencia de responsabilidad a las mismas, de aquellos otros en que se presentan como personificaciones interpuestas respecto de la Administración matriz, que ha pretendido crear centros de imputación diferenciados a los que adjudicar el riesgo de operaciones económicas concretas. El levantamiento del velo de la personalidad debe ser en estos casos particularmente severo, dado que, por demás, las entidades y empresas públicas actúan protegidas por el presupuesto público, y pueden aspirar a arriesgar en el mundo de los negocios más de lo que lo hacen las entidades mercantiles ordinarias.

La responsabilidad es una institución de garantía por los bienes y derechos de quienes resultan lesionados por la actividad de otros. La garantía es mayor en la medida en que la indemnización se asegura. Y la jurisprudencia, sin demasiada razón jurídica algunas veces, ha encontrado en el presupuesto público el asegurador más a mano de los desfallecimientos de los patrimonios privados responsables de los daños causados.

591 Obra citada. Págs. 87 y ss.

3. Las nuevas tendencias comunitarias sobre exigencia de responsabilidad patrimonial

En el marco del Derecho Comunitario Europeo, los proyectos normativos apuntan hacia el mantenimiento de un sistema de protección a la víctima, tendiendo hacia un sistema de responsabilidad objetiva y hacia el empleo de técnicas propias de la solidaridad, así como a la imposición de la carga de la prueba de la ausencia de culpa al prestador de los servicios, tal y como se apuntó en la exposición sobre la responsabilidad civil de los médicos al aludir a la LGDCU.

A principios de la década de los 90 fue ilustrativa en esta materia la Propuesta de Directiva del Consejo, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 18 de enero de 1991, sobre el régimen de prestación de los servicios públicos, que pretende aplicarse a todo "servicio", entendiendo por tal cualquier prestación realizada "a título profesional o de servicio público", expresión ésta que, como es obvio, comprende todos los servicios llevados a cabo por las Administraciones Públicas y, entre ellas, las Sanitarias[592].

Así resulta, no sólo de la definición positiva que se lleva a cabo en la misma, sino también del hecho de que los únicos servicios públicos que excluye de su régimen son los "destinados a mantener la seguridad pública" (artículo 2), pero no los demás, comúnmente prestados por las Administraciones Públicas.

La finalidad de este proyecto normativo era el de unificar, en los países que integran la Unión Europea, la protección a los usuarios de los servicios, ofreciendo, desde el punto de vista de la solución jurídica que propone, importantes peculiaridades. Entre ellas, y en primer lugar, no distingue entre servicios derivados de contrato o de relaciones extracontractuales, por lo que reconduce a un concepto unitario de la responsabilidad civil, común a las relaciones contractuales y a las que dimanan de actos ilícitos no precedidos de pactos o convenios. Esta unificación doctrinal se construye en torno al "principio de culpa", pues éste es el elemento común a la infracción contractual y a la realización de actos ilícitos generadores de responsabilidad por daños. A este respecto, el artículo 1º del Proyecto de Directiva declaraba

592 Abunda en esta idea la Sentencia de 27 de marzo de 1980, clásica en esta materia, que considera como funcionamiento de los servicios públicos al: "conjunto que abarca todo el giro o tráfico ordinario de la Administración, siendo irrelevante para la imputación del mismo a la Administración que se haya manifestado aquél como ejercicio de una potestad administrativa o en forma de mera actividad material".

que la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbe al prestador del servicio, criterio que ya ha sido mencionado en distintas ocasiones, según tuvimos ocasión de apreciar, por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Por otro lado, el tratamiento es también el mismo con independencia de que la prestación de servicios se realice por personas privadas o por Entidades o Administraciones Públicas, a tenor de lo dispuesto en su artículo 1º, conforme al cual:

"El prestador de servicios responde por los daños que por su culpa haya causado al prestar los servicios, en la salud o incolumidad corporal de las personas o en la integridad de las cosas muebles o inmuebles, incluso en las que son objeto de la prestación del servicio.

Incumbe al que presta el servicio probar que no ha incurrido en culpa".

Esta prueba de la inexistencia de culpa corre pareja con la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS1ª de 13 de julio de 1987 y 12 de febrero de 1988, en relación con la responsabilidad civil de los médicos y auxiliares sanitarios), pero, para algún sector de la doctrina administrativista[593] resulta restrictiva, sobre todo si se pone en relación con los avances conseguidos en este campo por la jurisprudencia Contencioso-Administrativa, en aplicación de los principios objetivo y directo que afecta a la responsabilidad patrimonial.

Por su parte, el principio de solidaridad queda reflejado en el caso de concurrencia de prestadores de servicios en la producción del daño. Así, la exposición de motivos de la disposición explica que "cuando varias personas son responsables del mismo daño, la prestación de la víctima exige que la responsabilidad de aquéllas sea solidaria".

El artículo 8º traduce a términos dispositivos este principio al establecer *que "si con arreglo a la presente Directiva, varias personas son responsables del mismo daño, su responsabilidad será solidaria, sin perjuicio de las disposiciones de Derecho nacional relativas al derecho de reclamación recíproco de los prestadores".*

593 E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Volumen II. Obra citada, págs. 373 a 375.

Este criterio de la solidaridad ha sido ya transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la reforma de la LRJAP-PAC y, en concreto, de su artículo 140, según el cual:

"1.- Cuando de la gestión dimanante de fórmulas conjuntas de actuación entre varias Administraciones Públicas se derive responsabilidad en los términos previstos en la presente Ley, las Administraciones intervinientes responderán de forma solidaria. El instrumento jurídico regulador de la actuación conjunta podrá determinar la distribución de la responsabilidad entre las diferentes Administraciones Públicas.

2.- En otros supuestos de concurrencia de varias Administraciones en la producción del daño, la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. La responsabilidad será solidaria cuando no sea posible dicha determinación".

La propuesta de Directiva presentada por la Comisión tiene su origen en la Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por los productos defectuosos. Posteriormente, se pensó que, en materia de servicios, se debían unificar las legislaciones internas de los Estados miembros de la Unión Europea y, tras arduas discusiones, se optó por un sistema de responsabilidad por culpa, pero con inversión de la carga de la prueba, siendo ésta la solución que propuso la propuesta de Directiva de 20 de diciembre de 1990 (aprobada por la Comisión el 24 de octubre de 1990). La intención de dicha propuesta era "que los prestadores tuvieran interés por prestar servicios seguros que no provoquen daños, antes que tener que aportar la prueba de su inocencia o, a falta de ello, tener que indemnizar a las víctimas".

Ahora bien, como tal propuesta suscitó vivas polémicas – mostrándose a favor de la misma las Organizaciones de Consumidores y Usuarios, la Comisión de Medio Ambiente, de la Salud Pública y de la Protección de los Consumidores del Parlamento Europeo, pero reaccionando contra la misma el Comité Económico y Social y numerosas Asociaciones Profesionales – el Parlamento Europeo, en enero de 1993, devolvió la propuesta, y la Comisión, en sus reuniones del 22 y 23 de noviembre de 1993, solicitó que se le presentara una nueva propuesta en esta materia.

En consecuencia, se llegó a la conclusión de que es preciso proseguir las tareas en éste ámbito de la responsabilidad del prestador de servicios, según nuevas orientaciones, y retirar la Propuesta de 20 de diciembre de 1990, debiendo de tenerse presente que la Comisión de la Unión Europea manifestó que "con la retirada de esta propuesta no se trata de renunciar a garantizar la seguridad de los servicios sino, muy al contrario, se trata de reflexionar sobre la mejor manera de lograrlo, apoyándose en las consultas adecuadas".

CAPITULO VI

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD DE MÉDICOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y DE LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS PÚBLICAS

1. La responsabilidad médica y su aseguramiento

Por el seguro de responsabilidad civil[594], *"el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho"*

Como vemos, el concepto legal del contrato de seguro de responsabilidad civil establecido legalmente se fija, dentro de una fórmula de gran generalidad[595], primordialmente en la prestación a la que se obliga la compañía aseguradora, que no es otra que la de cubrir el riesgo, que describe detenidamente, y que se caracteriza, sin perjuicio de las delimitaciones legales y contractuales (dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato) por lo siguiente:

a) El riesgo asegurado

El riesgo es el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero. No dice la Ley cuál deba ser el origen de esta obligación, y por tanto podrá provenir de cualquier causa, tanto del incumplimiento o de la defectuosa realización de un contrato, (responsabilidad civil contractual) como de la infracción del principio general de no dañar a otro (responsabilidad civil extracontractual), como de la comisión de un delito (responsabilidad civil delictual). En principio, cualquier indemnización quedaría amparada en la definición legal del seguro, no obstante lo cual y para evitar todo equívoco, será conveniente que en la póliza se mencionen todas ellas, esto es tanto la extracontractual como la delictual. Aún

---

594 Dice el artículo 73 de la LCS, ofreciéndonos así el concepto legal de esta institución jurídica.

595 F. SÁNCHEZ CALERO. *Ley del Contrato de Seguro*. Ed. Thompson Aranzadi. 2005 págs. 46 y ss.

cabría hacer otra precisión, y es que el acto del que nace la obligación de indemnizar puede cometerse por dolo, esto es, con intención, o por culpa o imprudencia, sin intención de causarlo. Pues bien, el seguro sólo cubre la responsabilidad civil nacida de actos imprudentes, pero no aquellos casos en los que el asegurado responde de un acto doloso. Así lo prevé con carácter general el artículo 19 de la LCS, según el cual el asegurador estará obligado al pago de la prestación salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado, y lo repite, por pasiva, el artículo 76, al establecer que, aunque el tercero tenga acción directa con el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, éste, el asegurador, tiene derecho a repetir contra el asegurado en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado al tercero.

b) El problema del daño producido en caso de trabajo en equipo

La obligación de indemnizar a cargo de asegurado, plantea especiales problemas en los casos de trabajo en equipo, en los que no siempre es posible determinar con claridad quién ha causado el daño y, por consiguiente, a cargo de quién está la obligación de resarcirlo. La dificultad es, sin embargo, más aparente que real, puesto que una jurisprudencia muy reiterada, basada en el designio de facilitar las reclamaciones de los perjudicados, viene a establecer la responsabilidad solidaria de todos los participantes en la causación del daño (es decir, frente al perjudicado responden todos). Por otro lado, que la obligación de indemnizar sea a cargo del asegurado no quiere necesariamente decir que tenga que haber sido él precisamente el causante del daño. La responsabilidad civil no deriva sólo de hechos propios, sino también de hechos ajenos, los que realizan aquéllas personas de las que el asegurado responde, especialmente los auxiliares, e incluso por lo que se ha venido a llamar daños causados por las cosas, por el material, el mobiliario o los dispositivos que el médico maneja y de cuyo funcionamiento responde.

La obligación ha de consistir en indemnizar. Se trata de un seguro de responsabilidad civil, que lo que abarca es única y exclusivamente la obligación de reparar el daño causado. La indemnidad que proporciona el seguro no se extiende a la responsabilidad penal. Tiene que existir un daño o perjuicio del que se responda, el seguro no conoce reparaciones *"in natura"*[596].

596 Así lo dice, bien que al tratar del seguro de defensa jurídica, el artículo 76.b de la LCS, que excluye de la cobertura el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales.

El acreedor de la indemnización tiene que ser un tercero, en este caso el paciente, o sus herederos.

La indemnización debe provenir de un hecho previsto en el contrato, lo que obliga, ya que de responsabilidad derivada del ejercicio de la profesión médica se trata, a delimitar el contenido de la relación médico-paciente y de las obligaciones que de ella surgen para el médico.

La LCS establece[597] que:

"El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a la conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero".

Paralelamente, el CP señala[598] que *"Los aseguradores que hubieran asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".*

La importancia del seguro de responsabilidad civil para el ejercicio de la Medicina es de destacar. En el ejercicio profesional pueden causarse muertes o lesiones imprudentes que, incluso calificadas de responsabilidad leve, y aun en el caso de que no supongan responsabilidad penal para el médico, dan lugar a una responsabilidad puramente civil en un juicio de esta clase con indemnizaciones millonarias. Desplazar la obligación de este pago a una aseguradora, mediante un contrato y el abono de unas primas resulta siempre económico y una medida de prudencia personal.

Entiende la doctrina que los seguros de esta clase debieran contratarse por la Organización Médica Colegial en el ámbito nacional para abaratar el coste del seguro, y dentro de las diversas especialidades médicas, pues unas ocasionan mayores riesgos que otras.

597 En su artículo 76.

598 En su artículo 117.

El artículo 76, uno de los de mayor trascendencia práctica de la LCS, ha reconocido la existencia de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador de la responsabilidad civil, para exigirle la obligación de indemnizar nacida a cargo del asegurado.

Este artículo ha extendido el derecho propio del perjudicado a todas las modalidades del seguro de responsabilidad civil, con un criterio progresista – tanto en los supuestos de seguros obligatorios como voluntarios –, lo que, en general, ha sido elogiado[599]. Ahora bien, parte de la doctrina calificó la redacción de este artículo, después de la entrada en vigor de la Ley, como confusa y poco afortunada. Confusión debida, quizá, a que el artículo ha sido fruto de una redacción originaria, que enunciaba el principio general del reconocimiento de la "acción directa", que posteriormente fue alterada mediante la adición de unos párrafos que querían matizar ese principio. Mas estas matizaciones fueron hechas con tan poca fortuna que lo han enturbiado.

El reconocimiento del derecho del perjudicado frente al asegurador para exigirle la obligación de indemnización que pesa sobre el asegurado – derecho al que alude el artículo 76 de la LCS bajo su vestidura procesal de acción – representa la culminación de un largo proceso dentro del seguro de responsabilidad civil tendente a tutelar de manera efectiva ese derecho, que había tenido su consagración legislativa con relación a ciertos hechos dañosos (accidentes de circulación, caza y pesca, energía nuclear...) y que el referido precepto extiende a todos los supuestos en que el causante del daño está asegurado.

En el artículo 76 aflora la protección a los perjudicados, con el propósito no ya simplemente de un resarcimiento más rápido mediante la inmediata participación de un asegurador, que por profesión está normalmente más preparado para liquidar siniestros que el causante del daño, sino, de modo especial, para eludir la vía indirecta en virtud de la cual el perjudicado habría de reclamar al causante del daño y éste al asegurador, con el inconveniente de que, en los supuestos de insolvencia del asegurado, su crédito contra el asegurador se confundiera dentro de todo su patrimonio, haciendo, por consiguiente, ilusorias, las esperanzas del perjudicado de obtener la indemnización. Situación que, en definitiva, podría producirse también en aquellos casos en los que el asegurado, percibida la indemnización del asegurador, la diera otro destino diverso que hacerla llegar al tercero perjudicado.

599 F. SÁNCHEZ CALERO, F. *Comentario a la Ley de Contrato de Seguro, art. 76, acción directa contra el asegurador*, 3ª edición, Pamplona, 2005, págs. 1112 y ss.

i. Caracteres del derecho del perjudicado

- Existencia de un derecho propio frente al asegurador

El artículo 76 de la LCS parte de la declaración de que "el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar". Esta declaración alude, siguiendo la tradición de otras leyes especiales a "la acción directa" del perjudicado, o sus herederos, contra el asegurador. En aras de esa tradición, la LCS ha utilizado una terminología imprecisa, que quizá pueda justificarse por apego a ella, pero que no puede llevar a considerar que se trata de otorgar al perjudicado una simple pretensión procesal, ya que tras ella se esconde un derecho sustantivo básico de su titular. Esto se pone en claro si observamos que la Ley habla de acción directa del perjudicado para exigir al asegurador "la obligación de indemnizar", esto es, la obligación a la que se refiere el artículo 73 de la Ley, cuando alude al "nacimiento de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causado por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado".

Luego el perjudicado tiene derecho a exigir el cumplimiento de esa obligación, no simplemente al deudor originario (el asegurado), sino también al asegurador. El artículo 76 reconoce, bajo la denominación de acción directa, ese derecho del perjudicado frente al asegurador para exigirle la obligación de indemnizar el daño causado por el asegurado porque, en definitiva, la acción directa no supone sino el ejercicio procesal de un derecho propio. La terminología utilizada en este punto por el Legislador parece querer pretender confundir el derecho con la acción, cuando lo que ha hecho es reconocer un derecho subjetivo material propio y, en consecuencia, la posibilidad de acudir al proceso alegando esa titularidad jurídica.

Este derecho propio del tercero perjudicado para exigir al asegurador la obligación de indemnizar no es el mismo que el que tiene dicho tercero para exigir la indemnización del asegurado, causante del daño. De forma que el tercero perjudicado, cuando ese causante del daño está asegurado, tiene dos derechos a los que corresponden en el lado pasivo dos obligaciones, que no se confunden: la del asegurado – causante del daño -[600] y la del asegurador[601].

600 Que nace del hecho ilícito en el ámbito extracontractual.

601 Que también surge de ese mismo hecho ilícito, pero que presupone la existencia de un contrato de seguro y que está sometida al régimen especial del artículo 76 de la LCS.

Este reconocimiento al tercero perjudicado de un derecho frente al asegurador se debe, como ya ha quedado apuntado, al propósito de la Ley de otorgarle una mayor tutela cuando el causante del daño es una persona que está asegurada. Aseguramiento que, unas veces se impone por el propio Ordenamiento Jurídico mediante el establecimiento de un deber legal de contratar un seguro de responsabilidad civil, lo que acontece en el caso de los llamados seguros obligatorios y, en otros, simplemente, el Ordenamiento Jurídico desea hacer relevante la circunstancia de que el causante del daño esté asegurado a los efectos del resarcimiento del perjudicado, al que se ofrece que se dirija su pretensión resarcitoria al asegurador, para lo cual obliga al asegurado a manifestar al tercero perjudicado o sus herederos, la existencia del contrato de seguro y su contenido.

Ciertamente este hecho puede propiciar que el perjudicado reclame en supuestos en los que no lo haría de no estar el causante del daño asegurado, o que aumente la cuantía de su reclamación, por lo que se comprende que, a principios del desarrollo del seguro de responsabilidad civil, se impusiera por el asegurador al asegurado (aun cuando todavía no se hubiera reconocido la "acción directa") el deber de mantener oculto el hecho de estar asegurado. Pero la Ley, aun cuando la contratación del seguro de responsabilidad civil sea voluntaria, hace una valoración positiva del conocimiento por parte del perjudicado del hecho de estar asegurado el causante del daño y le impone el deber de manifestarlo a aquél.

De esta forma, se tutela al perjudicado que, ante un deudor solvente (el asegurador) puede esperar que su pretensión indemnizatoria, de ser conocida, sea satisfecha. También se tutela el interés del asegurado, con el reconocimiento de la acción directa en tanto en cuanto facilita la liberación de la deuda que pesa sobre su propio patrimonio, lo que se puede producir – en sistemas jurídicos como el de la LCS – sin que el asegurado se vea demandado (el cual normalmente, ante la simple reclamación de responsabilidad civil por parte de un tercero, ha de confiar la dirección jurídica del asunto al asegurador). Esto, no obstante, resulta claro que en el reconocimiento por la Ley del derecho propio del tercero frente al asegurador son mucho más relevantes sus intereses como perjudicado que los del asegurado.

Entre los intereses que colaboran al reconocimiento por el legislador de la acción directa a favor del tercero perjudicado aparece de forma destacada el que éste se encuentre, a la hora de la reparación del daño, no frente a un eventual responsable insolvente, sino frente a un asegurador solvente, precisamente porque el causante del daño está asegurado. Esta argumentación que fundamenta la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, pierde

fuerza respecto al seguro de responsabilidad civil en general que, al no ser obligatorio, el propio Ordenamiento Jurídico, deja al arbitrio del eventual responsable el asegurarse o no y, por otro lado, puede darse la circunstancia de que el responsable tenga una solvencia igual o superior a la del asegurador (como sucede en el caso del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Entidades Públicas que gestionan la asistencia sanitaria). Frente a esto, puede aducirse que la opción de política legislativa de generalizar el derecho propio del tercero perjudicado frente a todo responsable que esté asegurado – aún en la hipótesis de que sea una persona absolutamente solvente – encuentra su base no sólo en que los intereses del tercero perjudicado queden más ampliamente protegidos (al poder ejercitar su derecho a la reparación del daño contra el responsable y al mismo tiempo contra el asegurador), sino en la protección de los de los del propio asegurado, al permitirle, en la mayoría de los supuestos que pueda desentenderse en gran medida de las reclamaciones de los terceros perjudicados, lo que tiene especial importancia ante el crecimiento de la responsabilidad civil a cargo de los centros, servicios y establecimientos sanitarios (v. gr. en el caso de los productos defectuosos y de la defensa de los consumidores y usuarios).

ii. La acción directa en el seguro de responsabilidad civil de los grandes riesgos

Debemos ahora dedicar unas líneas al régimen de la acción directa en el seguro de la responsabilidad civil de los grandes riesgos, por su conexión con las pólizas de responsabilidad civil y profesional suscritas por las Administraciones Sanitarias desde el año 1991.

Según es sabido, la LCS pierde su carácter imperativo con relación a los seguros de daños referentes a los "grandes riesgos", tal y como se establece taxativamente en el artículo 44.2, en relación con el artículo 2 de la misma, a cuyo tenor:

"No será de aplicación a los contratos de seguro por grandes riesgos, tal y como se delimitan en esta Ley, el mandato contenido en el artículo 2 de la misma".[602]

"Las distintas modalidades de contrato de seguro, en defecto de Ley que les será aplicable, se regirán por la presente Ley, cuyos preceptos tienen carácter imperativo, a no ser que en ellos se disponga otra

602 Artículo 44.2 de la LCS.

cosa. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado"[603].

Se hallan comprendidos dentro de la calificación de "grandes riesgos" los seguros de responsabilidad civil de los vehículos aéreos, marítimos, lacustres y fluviales, y la responsabilidad civil en general cuando el tomador del seguro supere al menos dos de los tres criterios indicados en la letra c) del artículo 107 de la LCS. [604] En todos estos supuestos, el régimen de tales contratos de seguro tiene carácter dispositivo, si bien la autonomía de la voluntad no puede ir contra disposiciones de orden público.

El carácter dispositivo de las normas de la LCS, referente a los grandes riesgos, plantea la cuestión de si tal carácter afecta también al artículo 76, que se comenta, de manera que las partes puedan alterar su contenido, llegando incluso a suprimir el derecho propio del tercero perjudicado frente al asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar o bien, por el contrario, si las normas de este artículo pueden considerarse de orden público.

A esta cuestión ha de contestarse en este último sentido, de forma que aun cuando nos hallemos ante un contrato referente a "grandes riesgos", las partes no podrán declarar inaplicable el artículo 76 y a favor de esto concurren las siguientes razones:

- La Ley, por medio del artículo 76, reconoce un derecho propio al tercero perjudicado, que nace de un hecho ilícito, si bien tal derecho tiene como presupuesto, además de la existencia de una deuda de responsabilidad civil del causante del daño, que tal deuda se encuentre cubierta por un contrato de seguro.
- La autonomía de la voluntad que puede conformar estos contratos de seguro, incide en la regulación de los intereses de las partes, pero no en la de los intereses de terceros, que se hallan protegidos por la Ley.
- El artículo 44. 2 de la LCS, al excluir la imperatividad relativa de las normas de la misma en la forma indicada en su artículo 2º, encuentra su razón de ser en el Derecho Comunitario, que parte del principio de que, en aquellos supuestos en los

603 Artículo 2 de la LCS.

604 Que es lo que sucede, precisamente, en los seguros de responsabilidad concertados por las Administraciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Tales criterios que se refieren al total del balance, importe neto del volumen de negocios y número medio de empleados durante el ejercicio.

que el tomador del seguro tiene una cierta importancia económica, sus intereses – dado que no nos encontramos ante un "contratante débil" – no requieren una tutela en los llamados "riesgos de masa"; pero la importancia económica del tomador del seguro no afecta en absoluto a la de los terceros perjudicados, que pueden ser personas individuales o jurídicas con escasa capacidad económica (por ejemplo, las personas perjudicadas por productos defectuosos).

iii. Los sujetos de la relación obligatoria entre el tercero y el asegurador

El artículo 76 de la LCS, en el párrafo que estamos comentando, dice que *"el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador"*. Ya hemos indicado que, bajo la expresión "acción directa" se esconde un verdadero derecho sustancial del perjudicado frente al asegurador, que ahora estamos estudiando. Y en este momento nos interesa prestar atención con relación a los sujetos que intervienen en dicha relación jurídica. Para ello, se ha de tener en cuenta que el perjudicado, o sus herederos, tienen un derecho conexo con el que poseen contra el asegurado, causante del daño. Pero lo que interesa precisar en estos momentos es quién es ese titular del derecho "propio", frente a un determinado deudor, que es el asegurador. Problema éste que, desde una perspectiva procesal, se plantea centrando la atención en las personas que están legitimadas activa y pasivamente en el caso de ejercicio de la acción directa.

Sujeto activo

El sujeto activo de la relación obligatoria – acreedor en la misma – es, según nos dice el propio artículo 76, "el perjudicado o sus herederos" (del paciente, en nuestro caso). Por supuesto que queda claro que pueden existir varios perjudicados que deriven de un mismo hecho. Pero, en tal caso, habrán surgido varios derechos contra el mismo causante del daño, dando lugar a distintos sujetos, cada uno de los cuales será titular de una pretensión indemnizatoria por el daño que haya sufrido. Ahora nos interesa examinar el problema con relación al derecho concreto frente al asegurador del perjudicado o sus herederos.

Con relación al perjudicado, conviene recordar que lo es quien ha sufrido el daño y que éste no es un simple concepto físico o sensible, sino eminentemente jurídico. Es la persona titular de un interés que se ha visto lesionado por el hecho de un tercero. Por consiguiente, no podrá

equipararse pura y simplemente el concepto de "víctima" directa del hecho ilícito con el de perjudicado. Este será quien ha sufrido un daño, que como tal será titular de un derecho propio, cuyo contenido estará formado por la pretensión del resarcimiento de los daños que le ha causado otra persona que es responsable, siendo esencial, por consiguiente, a los efectos de la determinación del perjudicado la noción de daño causado y que tal daño sea debido a alguien diverso del propio perjudicado.

Como sabemos, el CP vigente declara de forma descriptiva que *"la indemnización de los perjuicios materiales y morales comprende no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros"*[605]. Este artículo, además de marcar la diferencia apuntada entre perjudicados y "víctima" o "agraviado", nos pone de manifiesto que un mismo hecho puede producir diversos daños y que cada perjudicado tiene un derecho propio por los daños que ha sufrido frente al causante de los mismos. Aún – como hemos visto – la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no es coincidente con la dictada por la Sala de lo Penal de dicho Tribunal, parece claro que del artículo 1902 del CC ha de derivarse igual consecuencia que la descrita en el artículo 113 del CP.

Tal doctrina tiene singular aplicación en los casos de fallecimiento de una persona y cuando se discute la condición de herederos de quienes reclaman. La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene declarado que no es válida tal alegación si *"los titulares de la indemnización fundamentan su derecho no en ser herederos de su madre y esposa, sino en ser perjudicados por su fallecimiento, el que tuvo lugar por muerte inmediata o instantánea al accidente, y siendo así no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de su tramitación, y sí, en cambio, se reconoce a favor de los más próximos parientes (cónyuge viudo e hijos) una acción de indemnización nacida del hecho de la muerte, derecho originario para cuyo ejercicio no necesitan demostrar que son herederos del fallecido, porque se entiende que no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no fue transmitido a sus herederos"*[606].

Por consiguiente, conforme a esta doctrina, ha de entenderse que en general los herederos de la víctima están legitimados como perjudicados por derecho propio para obtener el resarcimiento del daño que ellos mismos han sufrido con el fallecimiento de la persona de cuyos ingresos vivían. Además, podrán reclamar igualmente, *"iure proprio"*, por el daño moral sufrido, con independencia del interés patrimonial. A tal efecto se ha indicado que la

605 Artículo 113.

606 STS1ª de 1 de julio de 1981.

obligación de resarcimiento surge del hecho dañoso, aun cuando todo el daño se manifieste en un momento posterior. Doctrina que, por otro lado, trata de justificarse como un criterio jurisprudencial práctico, en el sentido de que los Tribunales intentan salvar las consecuencias injustas que llevarían un excesivo rigor formal de la falta de justificación de la condición de heredero de la víctima, lo que se supera acudiendo a la relación de parentesco o bien a la dependencia económica.

Estos datos se tienen con frecuencia como los más relevantes a la hora de determinar si una persona ha resultado "perjudicada" o no. Con todo, no debe olvidarse que el propio Tribunal Supremo (Sala Primera), con el fin de llegar a este resultado de proteger al perjudicado, indica que en éstos, frecuentemente, concurre una doble cualidad: como perjudicado *iure propio* y como herederos de la víctima[607].

El artículo 76 de la LCS se refiere a los "herederos" como titulares del derecho contra el asegurador. Sin embargo, como se ha dicho antes, bajo el término de "herederos" se quiso, sin duda, hacer referencia al supuesto del fallecimiento de la víctima del hecho dañoso y en tal caso nos hallamos ante verdaderos perjudicados. Pero ha de entenderse que la Ley se ha referido también en este caso al supuesto de que el derecho directo del perjudicado se transmite por derecho de sucesión, el cual podría ampliarse a otros supuestos de transmisión de ese derecho, pudiendo entenderse la expresión "herederos" como similar a la de "causahabientes" o "derechohabientes", utilizada por otras disposiciones[608]. Porque, como es sabido, el heredero aparece delimitado como sucesor universal del causante (artículo 660 del CC), al que sucede, por el hecho de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 del CC). Por el contrario, los términos de causahabientes o derechohabientes son más amplios, pues comprenden, además de los herederos, los que hayan adquirido la titularidad del derecho al resarcimiento por cualquier otra causa o negocio, ya sea *inter-vivos* o *mortis-causa*.

El derecho a pedir una indemnización al asegurador es de carácter patrimonial y, por consiguiente, transmisible. La LCS, al referirse a los herederos, parece haber pensado simplemente en el caso de la transmisión del derecho *"mortis causa"*. Esto, no obstante, según se ha dicho, podría entenderse que pueden estimarse legitimados como titulares del derecho al resarcimiento otras personas a las que se haya transmitido por cualquier causa lícita tal derecho. Entre otras causas de transmisión de la titularidad ha de mencionarse la que puede

607 SSTS1ª de 1 de julio de 1981, anteriormente citada, y, en igual sentido, la de 19 de noviembre de 1966.

608 Artículo 1252.2 del CC.

producirse por la vía de la subrogación. En efecto, podría ejercitarse la acción directa por parte de un asegurador frente a otro, una vez que el primero ha pagado la indemnización y se subroga en los derechos del asegurado frente al causante del daño, cuando se producen los supuestos previstos en el artículo 43 de la LCS.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la relación obligatoria es, en este caso, por definición, el asegurador. Ciertamente el acreedor también tiene un derecho contra el causante del daño, pero ahora nos interesa la llamada "acción directa", que se dirige precisamente contra el asegurador al ser considerado éste como deudor solidario de la obligación del asegurado. El tercero puede ejercitar su acción contra cualquiera de los deudores solidarios (asegurado y asegurador), o contra los dos conjuntamente (artículo 1142 del CC). Aunque, como viene afirmando la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo[609], también podrán demandar el perjudicado o sus herederos únicamente al asegurador.

Es evidente que no está legitimado pasivamente cualquier asegurador, sino únicamente aquel asegurador que cubra la responsabilidad civil derivada del hecho dañoso del que nace la obligación resarcitoria[610]. Se precisa, por consiguiente, que se trate de un asegurador de responsabilidad civil que esté vinculado con el causante del daño, como asegurado, y que el hecho caiga dentro de la cobertura del riesgo. En definitiva, ha de tratarse de un asegurador que se ha comprometido con el asegurado a cubrir su obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado.

La LCS establece que, a efectos de facilitar el ejercicio de la acción directa, el asegurado está *"obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro*

609 SSTS1ª de 15 y 31 de marzo y 29 de noviembre de 1982, a las que ha seguido una jurisprudencia constante.

610 En este punto, en el ámbito de gestión de los seguros de responsabilidad suscritos por las Administraciones Públicas Sanitarias se producen importantes problemas derivados de la multiplicidad de seguros suscritos por los médicos (Pólizas colectivas de los Colegios de Médicos, Seguros voluntarios individuales suscritos por los facultativos y Póliza de responsabilidad suscrita por el Centro Sanitario o la Administración Pública para la que prestan sus servicios) con respecto a cuál es el asegurador que cubre el evento dañoso.

y su contenido".[611] En este punto podría entenderse que la simple manifestación del asegurado de la existencia de un contrato de seguro con un asegurador no es suficiente para legitimar a éste pasivamente como deudor de una determinada prestación. Sería preciso, en primer lugar, que sea cierta la existencia del contrato de seguro; en segundo lugar, si existiera contrato de seguro, será necesario que el hecho dañoso esté dentro del contenido del contrato y, por último, que exista una deuda de resarcimiento o de responsabilidad a cargo del asegurado.

Conviene señalar también, con referencia al sujeto pasivo, que el tercero perjudicado puede tener acción contra varios aseguradores. No es este el caso de que el causante del daño tenga cubierta su responsabilidad civil por varios aseguradores, en situación de coaseguro, que ha de resolverse según lo previsto en el artículo 33 de la LCS, sino al supuesto de hecho en que el evento dañoso haya sido originado por varias personas[612], que estén aseguradas, habiéndose pronunciado la jurisprudencia a favor de la existencia de solidaridad, en base al criterio de que los causantes del daño responden solidariamente en los supuestos de responsabilidad plural por culpa extracontractual en aquellos casos en que no es posible deslindar la responsabilidad de cada uno de los copartícipes en la causación del accidente, en aquellos en los que se da una diversidad de conductas culposas o cuando se trata de una concurrencia o concatenación de culpas en el proceso dinámico del siniestro[613]. En este supuesto, parece claro que el perjudicado podrá dirigir su acción bien contra todos los aseguradores simultáneamente, o contra cualquiera de ellos, [614] sin perjuicio de la eventual reclamación del asegurador que hiciera el pago contra los codeudores con relación a la parte que les corresponda.

iv. El derecho de repetición del asegurador contra el asegurado

El artículo 76 de la LCS menciona el *"derecho del asegurador a repetir contra el asegurado"* en el caso de que aquél haya debido cumplir la obligación de indemnizar al tercero perjudicado, cuando esa obligación se hubiera debido a conducta dolosa del asegurado.

611 Inciso final del artículo 76 de la LCS.

612 Supuesto éste frecuente en los actos clínicos llevados a cabo en régimen de "medicina de equipo".

613 Entre otras, las SSTS1ª de 26 de diciembre de 1988, 26 de noviembre de 1993, 26 de enero de 1994 y 14 de julio de 1995.

614 Artículo 1144 del CC.

En el proceso de elaboración de la norma se aceptó, en el Congreso de los Diputados, una enmienda en cuya justificación se alegaba la conveniencia de tratar el derecho de repetición de una forma muy amplia, pero tal propósito no se reflejó de modo expreso en la ley, por lo que debemos interrogarnos sobre si no caben otros supuestos de repetición del asegurador contra el asegurado además del ya enunciado, a lo que cabría responder afirmativamente, ya que, al haberse reconocido la autonomía del derecho del tercero respecto al derecho del asegurado frente al asegurador, puede llegarse a la conclusión de que, en aquellos casos en los que el asegurador haya debido pagar al tercero perjudicado, cuando, conforme a lo previsto en el contrato, el asegurador no estaba obligado frente al asegurado, o bien según el contrato debería haber podido reducir el importe de la indemnización, debe reconocerse al asegurador ese derecho de repetición.

Sin embargo, debe hacerse notar, en primer término, que el derecho de repetición contra el asegurado es con frecuencia, en la práctica, puramente teórico, en cuanto que el asegurador se encuentra con que ha de reclamar a una persona que, en muchos casos, es insolvente y, en segundo lugar, ha de valorarse la circunstancia del hecho de que la responsabilidad civil se amplía, precisamente, por la existencia de un asegurador que va a indemnizar directamente al perjudicado. La repetición de esa indemnización contra el asegurado – en el caso de que sea posible, por la solvencia del mismo – puede llevar a consecuencias injustas ya que, a la larga, en tal hipótesis se hace recaer el progreso de la responsabilidad civil en el asegurado y no en el asegurador.

El derecho de repetición tiene como presupuestos, en primer lugar, que el asegurador haya pagado la indemnización al tercero perjudicado y, en segundo término, que el asegurador se haya visto obligado al pago al tercero perjudicado ante la imposibilidad de oponerle una excepción que hubiera sido válida frente al asegurado.

- El primer presupuesto parece que no debe ofrecer grandes problemas en la práctica, ya que es lógico que hasta que el asegurador no pague la indemnización no pueda ejercer el derecho de repetición contra el asegurado.
- El otro presupuesto antes aludido es que el asegurador se haya visto obligado a pagar al tercero perjudicado ante la imposibilidad de oponer frente a éste alguna excepción que hubiera sido oponible frente al asegurado. O, dicho en otros términos, cuando el asegurador haya debido pagar al tercero perjudicado como consecuencia del ejercicio por parte de éste de la acción directa, sin estar obligado el asegurador frente

al asegurado causante del daño de acuerdo con lo establecido en el contrato de seguro.

v. El ejercicio de la acción directa en el proceso civil y en el penal

El artículo 76 de la LCS se refiere a la acción directa como aspecto procesal del ejercicio de un derecho propio del perjudicado frente al asegurador, para resarcirse de los daños causados por uno de sus asegurados[615]. Conviene ahora prestar atención a algunos problemas procesales, en especial sobre los cauces para el ejercicio de tal acción en el régimen general del seguro de responsabilidad civil.

El tercero perjudicado, en principio, para obtener el resarcimiento del daño producido puede:

- Demandar al asegurado como causante del daño, ignorando incluso su condición de asegurado.
- Demandar al asegurador del causante del daño.
- Demandar al asegurador y al asegurado, bien de forma conjunta o separadamente.

615 Sentencia de 23 de marzo de 2012 de la AP de Asturias delimita de forma interesante la responsabilidad en razón al clausulado de la póliza: *"…Al amparo del art. 1692.4 LECiv 1881 (LEG 1881, 1) por infracción del art. 3 de la Ley 50/1980 (RCL 1980, 2295), de Contrato de Seguro y de la doctrina jurisprudencial consolidada interpretativa de dicho precepto, que proclama: a) La prevalencia de las condiciones particulares sobre las condiciones generales de las pólizas de seguro si resultan más beneficiosas para el asegurado. b) Que cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación y coherencia interna de las condiciones generales respecto de las condiciones particulares no puede favorecer a la aseguradora. c) Que para que sean vinculantes para el asegurado resulta ineludible la suscripción y aceptación expresa de las situaciones limitativas de cobertura."*
El motivo, formulado con carácter subsidiario, se funda, en síntesis, en que si la responsabilidad por la que se reclama es de naturaleza contractual la sentencia debió tener en cuenta que: a) en las condiciones particulares, únicas suscritas por el asegurado, se cubre la responsabilidad civil de explotación y la responsabilidad civil por daños materiales por trabajos fuera del recinto (sin restricción a la responsabilidad extracontractual); b) las exclusiones de las obligaciones del asegurado derivadas de un contrato y la de «daños causados a bienes o personas sobre los que está trabajando el asegurado o persona de quien éste sea responsable» no vinculan al asegurado por no hallarse suscritas ni aceptadas de forma expresa por éste y tratarse de cláusulas limitativas; c) cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación y coherencia interna de las condiciones generales con respecto a las particulares no puede favorecer a la aseguradora, dado que el seguro es un contrato de adhesión; d) la demanda se formuló con base en los art. 1902 y 1903 CC (LEG 1889, 27), pero el tribunal a quo, si consideró que la responsabilidad era de naturaleza contractual en virtud del principio iura novit curia [el tribunal conoce el Derecho], debió ignorar las exclusiones y limitaciones de cobertura recogidas en las condiciones generales; e) la sentencia deduce indebidamente de la prima pactada el ámbito de cobertura del contrato.

Solamente en los casos enunciados como 2 y 3 el tercero perjudicado ejercita la acción directa contra el asegurador. En el caso 1 no existe, en principio, ejercicio de la acción directa, si bien el propio artículo 76 de la LCS tiende a facilitar que, en tal supuesto, el asegurador forme parte del procedimiento bien porque sea llamado al mismo, o bien por su intervención voluntaria en él. El segundo supuesto comprende el ejercicio de la acción directa en el proceso civil por el tercero demandando únicamente al asegurador. En el tercer caso – que prevé que el tercero demande al asegurador y al asegurado – caben, a su vez, dos posibilidades: a) que los dos demandados actúen procesalmente unidos bajo una misma dirección y defensa, lo que parece ser lógica consecuencia, en las relaciones privadas, de lo establecido en el artículo 74.1 de la LCS, pero no así en el caso del aseguramiento de la responsabilidad de las Administraciones Públicas Sanitarias en el que la representación y defensa de las mismas corresponde a sus servicios jurídicos[616]; b) que el asegurado demandado, en el supuesto de conflicto de intereses, confíe la defensa jurídica a persona distinta del asegurador.

Por otra parte, ha de recordarse que la acción directa prevista en el artículo 76 de la LCS, además de ejercitarse por vía ordinaria en el campo del proceso civil, también puede ejercitarse en el proceso penal.

Demanda del tercero perjudicado contra el asegurado causante del daño.

El tercero perjudicado puede ejercitar su derecho al resarcimiento contra el causante del daño sin dirigirse, en principio, contra el asegurador, lo que implica que no ejercita la acción directa contra éste.

Esta posibilidad, aun cuando ciertamente es admisible, es poco frecuente en la práctica puesto que, como ya se dijo antes, el artículo 76 de la LCS, con el propósito de facilitar la acción directa, impone el deber al asegurado de manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido y, por otro lado, porque la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado corresponde al asegurador (salvo en los supuestos de pacto en contrario, conflicto de intereses entre el asegurado y el asegurador, o intervención de Administraciones Públicas Sanitarias ya aludidos).

616 Artículo 447 de la LOPJ.

Ante la demanda del tercero, el asegurado debe notificarla al asegurador, el cual se personará así en el proceso. Pero, además de esto, puede personarse en el proceso mediante una intervención voluntaria, para lo que parece estar legitimado por tener interés directo en el proceso (pues de ser condenado el asegurado habrá de reintegrarle la suma que deba pagar, dentro de la suma asegurada). Intervención ésta, cuya calificación desde una perspectiva procesal se integra en el litisconsorcio pasivo necesario puesto que, al ser considerado el asegurador por la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo como deudor solidario, la sentencia dictada contra el asegurado producirá efectos contra el propio asegurador en base a lo dispuesto en los artículos 1141 y 1252 del CC.

La acción directa deducida únicamente contra el asegurador.

Según ha quedado indicado, la acción directa puede ejercitarse por el tercero, según la doctrina jurisprudencial consolidada, demandando sólo al asegurador en el proceso civil correspondiente.

La consideración del asegurador como deudor solidario, según esta doctrina jurisprudencial, la ha llevado a afirmar, por aplicación del artículo 1144 del CC, que el tercero perjudicado puede dirigir la acción directa sólo contra el asegurador, sin tener que demandar al propio tiempo al asegurado como causante del daño[617].

Cuestión distinta es la conveniencia de demandar al asegurador y al asegurado conjuntamente, dada la conexión indudable entre el derecho de crédito del tercero a aquél y frente a éste. La circunstancia de ser el derecho de crédito del perjudicado frente al asegurado presupuesto necesario para que pueda prosperar la acción contra el asegurador, hace que parezca oportuna la acumulación de pretensiones en el mismo proceso.

La acción directa contra el asegurador y, al propio tiempo, contra el asegurado.

La circunstancia apuntada de que la responsabilidad del deudor causante del daño al tercero sea un presupuesto necesario para la responsabilidad del asegurador y el hecho de que la deuda

617 Vid., entre otras, STS1ª de 11 de marzo de 1996.

del asegurador y la del asegurado puedan ser diversas (en especial porque la suma asegurada puede ser inferior al montante total del daño) aconsejan el ejercicio conjunto de la acción directa y la acción contra el asegurado de las pretensiones indemnizatorias, originándose un litisconsorcio pasivo voluntario, simple o facultativo.

Porque aun manteniéndonos en el camino marcado por la doctrina jurisprudencial de no ser necesario demandar conjuntamente al asegurador y al asegurado, es lo cierto que la tutela del tercero se incrementa con la demanda de los dos obligados solidarios, según prevé el artículo 1144 del CC. Esto resulta conveniente tanto en los casos de amplia solvencia del asegurado, como en aquellos otros en los que la suma asegurada sea inferior a la cuantía del daño. Por otro lado ha de tenerse en cuenta que la defensa jurídica del asegurado, salvo pacto en contrario, ha de correr normalmente a cargo del asegurador.

No obstante, en el supuesto de que actúen de forma independiente el asegurado y el asegurador, y aun cuando aquél tenga prohibido el reconocimiento de su responsabilidad, no podrá impedir el asegurador que reconozca los hechos que son ciertos, al tiempo que están vinculados por las defensas o excepciones que opongan en cuanto que han de beneficiar a ambos. De igual forma, el allanamiento, la transacción o el desistimiento de uno de los demandados han de tener efectos reflejos en el otro, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda surgir entre ellos como consecuencia de estos actos de disposición, siendo estas características de especial importancia en los seguros de responsabilidad suscritos por las Administraciones Públicas Sanitarias, en los que, con frecuencia, se producen conflictos de intereses entre la propia Administración Sanitaria y la Compañía Aseguradora, así como formas de terminación extrajudicial (arbitraje, transacción...) de los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial.

Ejercicio de la acción directa en el proceso penal.

Ya se citó antes el artículo 117 del CP, el cual viene a establecer que los aseguradores *"que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda".*

Este precepto reconoce de forma clara la posibilidad del ejercicio de la acción directa en el seguro de responsabilidad civil, cuando se impute al asegurado algún hecho previsto en el CP. De esta forma se eleva a rango legal y se consolida una corriente jurisprudencial que, surgida en torno al seguro obligatorio del automóvil, se había ido generalizando.

En efecto, la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha venido admitiendo la posibilidad del ejercicio de la acción directa contra el asegurador dentro del proceso penal[618], habiéndose dicho que el artículo 76 de la LCS ha potenciado dicha posibilidad. Esta doctrina es elogiable en cuanto en el proceso penal puede ventilarse la determinación de la responsabilidad civil y, además, existía una prejudicialidad de lo penal sobre el procedimiento civil. Porque, al no poderse iniciar la acción directa en vía civil, al estar pendiente de resolución el proceso penal, por mandato del artículo 114 de la LECrim, parece lógico que, por economía procesal y razones tendentes a impedir la dilación de los procedimientos judiciales, pueda ejercitarse en el mismo proceso penal la acción directa contra el asegurador del encausado. La doctrina jurisprudencial ha venido afirmando que el ejercicio de la acción directa contra el asegurador en el proceso penal que se siga contra el asegurado presupone que se legitime pasivamente al asegurador en ese proceso como parte para ser oído y poder defenderse.[619]

Existían supuestos en los que el ejercicio de la acción directa contra el asegurador se apartaba del proceso penal. Así, se enunciaban, con anterioridad a la entrada en vigor del CP de 1995, como los más importantes, los siguientes:

- Posposición de la acción directa contra el asegurador para, en el caso de absolución basada en la culpa conforma a los artículos del CC.
- Reserva expresa del ejercicio de la acción civil hasta terminado el juicio penal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 112 de la LECrim.
- Muerte del culpable (artículos 112.1 del CP y 115 de la LECrim).
- Sobreseimiento de la causa.
- Declaración de rebeldía del procesado (artículo 843 de la LECrim).

618 STS2ª de 27 de junio de 1980.

619 SSTS2ª de 18 de febrero de 1982 y 2 de febrero de 1984.

Au n cuando alguno de estos supuestos siguen teniendo valor, el CP de 1995 ha establecido, en su artículo 118, diversos casos en los que la exención de la responsabilidad criminal no comprende la de la civil, de forma que el Juez o Tribunal que dicte sentencia estimatoria en tales casos ha de fijar las responsabilidades civiles, salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda (artículo 119 del CP).

El ejercicio de la acción directa en el proceso penal corresponde, como dice el artículo 76 de la LCS, al perjudicado o a sus herederos. A éstos corresponde la decisión sobre el ejercicio de esa acción en el proceso penal. Ahora bien, además de éstos, se consideran también legitimados para el ejercicio de esa acción en el marco del proceso penal, al Ministerio Fiscal[620].

2. El seguro de responsabilidad profesional de médicos y Servicios de Salud

Como se ha venido exponiendo a lo largo del examen de las responsabilidades civiles, penales y patrimoniales, que pueden exigirse, ya personalmente a los médicos, ora conjuntamente a éstos y a los Servicios de Salud, o bien directamente a los propios Servicios de Salud, tras la reforma del artículo 9.4 de la LOPJ – que excluye del conocimiento de los asuntos relativos a los resarcimientos de daños por defectuosa prestación de la asistencia sanitaria a las Jurisdicciones Civil y Social – y, de acuerdo con la más reciente doctrina de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, que entiende que, tras la indicada reforma, cabe también codemandar al profesional sanitario ante la Jurisdicción Civil, junto con su compañía aseguradora, al amparo de lo establecido en el artículo 76 de la LCS, en la actualidad, las posibles vías de exigencia de responsabilidad a los médicos y/ o instituciones sanitarias públicas, son las siguientes:

- Responsabilidad civil extracontractual (artículos 1902 y 1903 del CC), quedando descartada, en el ámbito sanitario público, la responsabilidad civil contractual – que sí operaría en el campo de la sanidad privada – habida cuenta que la relación jurídica dimanante de la LGS y que une al médico con el paciente tiene carácter público y no se fundamenta en un contrato privado.

620 Artículo 108 de la LECrim y Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1983.

En esta vía judicial, el paciente – o sus causahabientes – pueden demandar al médico y a su compañía de seguros, pero no a la institución pública para la que presta sus servicios.

- Responsabilidad penal, en la que el médico responde individualmente de los daños causados y la Administración Pública para la que presta sus servicios, de forma subsidiaria.
- Responsabilidad patrimonial, en la que se demanda con carácter directo a la Administración de la que depende el centro sanitario donde ha tenido lugar la defectuosa prestación de la asistencia sanitaria.

Uno de los métodos de defensa de los médicos y de las Administraciones Públicas, en su tarea específica, frente a la exigencia de responsabilidad consiste en la contratación de pólizas de seguros de responsabilidad.

Se ha discutido sobre la licitud o ilicitud, en el orden ético, de los seguros de responsabilidad civil y sobre las ventajas que socialmente pueden tener los mismos, ya que si bien cubren a una persona o institución, de los riesgos que la afectan, pueden, en cambio, provocar que éstas adopten una actitud más confiada y menos diligente en su conducta profesional.

En general, no se encuentra inconveniente alguno en admitir la licitud, tanto ética como jurídica, del seguro de responsabilidad, siempre que se mantenga la exigencia de responsabilidad penal para los supuestos tipificados en el Código Penal como infracciones penales, como de hecho sucede en casi todas las legislaciones existentes en la actualidad.

Algunos autores[621], advierten que "un seguro de responsabilidad civil del médico y del personal paramédico, no cubre la responsabilidad directa – sí la subsidiaria – del hospital, que necesitaría para la cobertura de otro seguro de responsabilidad, difícil de concebir si el hospital es público... pero es claro que los seguros tienen un efecto reflejo, en el sentido de que si existe un aseguramiento, se encontrarán, por decirlo de alguna forma, responsables que asuman la directa del médico, al trasladar ésta al asegurador. Por otro lado, presumiblemente, las indemnizaciones que los Tribunales fijen, tenderán a ser más cuantiosas si se conoce que hay un ente asegurador que sea quien finalmente responda. Quede alusión hecha también a

621 ALONSO OLEA, M. Responsabilidad del hospital por el acto médico. Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo. Nº 79. Septiembre/Octubre 1996, págs. 777 y ss. Obra citada.

dos temas; la dificultad de fijación de las cuantías indemnizatorias en seguros que afectan a la salud y/o vida de una persona; y la distinción que es forzoso establecer cuando a quien se indemniza es directa e inmediatamente al enfermo lesionado, y cuando a quien se indemniza es a un paciente o familiar del lesionado, lo que a su vez depende del tipo de relación económica de sostenimiento entre el lesionado fallecido y su familiar demandante de indemnización por la muerte de aquél".

Por otra parte, algunos autores[622] señalan que el médico nunca podrá asegurar su responsabilidad penal.

Otra consecuencia del contrato de seguro, según otra opinión doctrinal, es un posible aumento de la litigiosidad, e incluso, de las condenas a médicos con fundamento en la convicción del órgano judicial de que, quien realmente va a hacer efectiva la indemnización no es un médico, sino una entidad aseguradora.

Sin embargo, tampoco cabe duda de que, aunque exista una póliza de responsabilidad civil, la compañía aseguradora no pagará habitualmente mientras no exista una resolución judicial que condene al médico en virtud de la culpa de éste, y por tanto, seguiría existiendo para el profesional de la Medicina el efecto nocivo de la tramitación del procedimiento, en lo que afecta a la pérdida de prestigio profesional y a la publicidad negativa que la existencia del proceso comporta para él, si bien quedarían paliados los efectos económicos de la misma, de los cuales – siempre que se hallen comprendidos dentro del límite de las condiciones fijadas en la póliza de aseguramiento – deberá hacerse cargo la compañía aseguradora.

"Como principales caracteres de este seguro (de responsabilidad civil profesional) pueden resaltarse los siguientes: 1.- Presupone normalmente un contrato de prestación de servicios… 2.- La preexistencia de este tipo de contrato no determina "per se" que la responsabilidad sea únicamente contractual. 3.- No implica una derogación del régimen singular aplicable a cualquier tipo de responsabilidad civil… en todo caso se erige como un elemento singular para exigir la prosperabilidad de la responsabilidad…[623]*"*

622 A. GUIRAO GARCÍA. La póliza del INSALUD ¿Revisión ante el nuevo Código Penal? Ponencia presentada al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. En *www.aeds.org/congreso4/4congre-1.htm*

623 ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Página 505.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009.

El establecimiento de un sistema de seguro en los hospitales (en los que sólo se excluiría de la cobertura la culpa exclusiva de la víctima) sería viable, a través de unos baremos razonables, porque seleccionaría todavía con mayor precisión, si cabe, los comportamientos merecedores de reproche penal: las imprudencias temerarias e incluso las simples, con o sin infracción reglamentaria, de aquellas otras claramente constitutivas de ilicitud civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 1902 del CC, que, en general, vienen acompañadas de una declaración judicial de responsabilidad civil subsidiaria. El establecimiento de un sistema de valoración económica de la muerte y de los daños corporales puede ser un sistema de reparación eficaz, que evite conflictos jurisdiccionales, y genere confianza por parte de los pacientes.

También es deseable encontrar un equilibrio entre los intereses del personal sanitario y los de los pacientes cuando se detecte la producción de un perjuicio por mala praxis que deje incólume el necesario clima de confianza[624] que debe presidir las relaciones entre ambos. La satisfacción de la exigible compensación por el daño sufrido debe compatibilizarse con la no perturbación del trabajo diario y pacífico de la inmensa mayoría del personal sanitario, con el fin de que puedan llevar a cabo sus actuaciones de forma eficaz y sin aumentar las tensiones a las que ya suelen estar sometidos por la propia naturaleza y estructuración de su ejercicio profesional. Por otro lado, es deseable evitar que se inserte entre los médicos un sentimiento de perturbación indebido, dejando a salvo la persecución e indemnización de los casos graves, con el fin de prevenir también el ejercicio de una "medicina defensiva", al estilo de la norteamericana – según vimos al exponer la responsabilidad civil - , que sería igualmente perjudicial para paciente y médicos. Y, en cualquier caso, debería continuarse con la búsqueda de soluciones adecuadas y adaptadas a la realidad concreta de la Medicina, que integraran los criterios de responsabilidad que se establecieron en la Propuesta de Directiva de la Comunidad Europea[625], con las fórmulas de cobertura de aquella mediante un seguro colectivo de responsabilidad civil.

No obstante estas dificultades, en el orden fáctico, tanto los seguros de responsabilidad civil de los médicos, como de responsabilidad patrimonial de las instituciones sanitarias, se han extendido en los últimos años en nuestro país, y esta extensión supone también una garantía para la presunta víctima contra el riesgo de insolvencia por parte del profesional.

624 La asistencia médica exige una relación plena de entendimiento y confianza entre el médico y el paciente Artículo 8 del código de Deontología Médica de 2011.

625 Ya analizada en el apartado correspondiente a la responsabilidad patrimonial y orientaciones de la Unión Europea sobre el Derecho de daños.

La práctica del aseguramiento de los daños derivados de la prestación de la asistencia sanitaria se ha extendido, además del ámbito sanitario, a otros sectores de la prestación de los servicios públicos. En la actualidad, existen pólizas de aseguramiento suscritas por todo tipo de Entes Administrativos: Administraciones Territoriales, Institucionales y Corporativas.[626] Dichas pólizas de seguro no solamente cubren los daños extracontractuales producidos por el funcionamiento de la Administración sujeto al Derecho Privado, sino que alcanzan, también, a los derivados del ejercicio de potestades administrativas, incluso los producidos por actos administrativos en sentido estricto.

Estos contratos de seguro pueden suscribirse tanto para asegurar cualquier tipo de actuaciones que lleve a cabo la Administración, ya sean de naturaleza pública o privada, como para la cobertura de actuaciones concretas realizadas por los Entes Públicos que, aunque presentan distinta problemática, suelen tratarse como un todo, por razones más de índole práctica que jurídica.

Debe hacerse, ante todo, mención a la existencia de una laguna del Derecho, por lo que se refiere a la cobertura de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas mediante seguro, puesto que el ordenamiento jurídico administrativo no ha previsto expresamente lo que sucede cuando una Administración Pública actúa en el desenvolvimiento de un servicio público, o en el ejercicio de potestades administrativas, y suscribe un contrato de seguro privado para el aseguramiento de los riesgos dimanantes de tales actividades. El régimen jurídico de aplicación a este supuesto debe de llevarse a cabo confrontando la normativa administrativa y la privada, llevando a cabo una interpretación jurídica de dichos ámbitos sectoriales y colmando, de este modo, una laguna que presenta indudables dificultades, tanto de índole teórica como práctica.

En efecto, cuando una Administración Pública suscribe un contrato de seguro de responsabilidad extracontractual, en la relación administrativa resultante del daño emerge un tercero privado, que tiene la condición de titular de derechos subjetivos e interesado en el procedimiento administrativo, que es la compañía aseguradora, quien se erige en garante del pago de la indemnización de los daños y perjuicios, lo que enturbia tanto la determinación

626 En el ámbito de la Administración Institucional existen pólizas de seguros de responsabilidad civil en las Confederaciones Hidrográficas, Puertos, Aeropuertos, CLEA, Consejo de Seguridad Nuclear, Ente Público RTVE, Red Nacional de Ferrocarriles Españoles, etc.

del concreto régimen sustantivo aplicable, como la del orden jurisdiccional competente para conocer el asunto.

Asimismo, y a pesar de que la LCS reconoce, como hemos visto, al perjudicado una acción directa contra la compañía aseguradora, resulta más que dudosa su operatividad si, previamente, no se ha tramitado el correspondiente procedimiento administrativo.

También resulta anómala la eventual legitimación pasiva de la compañía de seguros, y la posibilidad de que se allane a la pretensión del perjudicado sin un previo pronunciamiento administrativo.

Por último, en el Derecho Administrativo, la LCSP no determina con suficiente claridad y precisión la cuestión de si los contratos de seguro de responsabilidad tienen naturaleza pública o privada, lo que suscita múltiples interrogantes de índole práctica, especialmente acerca de los poderes con que cuenta la Administración durante la ejecución del contrato: interpretación unilateral, inspección, régimen sancionador, jurisdicción competente...

Uno de estos interrogantes lo constituyó, en su día, la posibilidad de que las compañías de seguros pudiesen suscribir pólizas privadas de seguro para cubrir la responsabilidad administrativa.

Para resolver esta cuestión se solicitó informe a la Dirección General de Seguros, la cual, con fecha de 26 de junio de 1996, dictó Resolución llegando a la conclusión de que no cabría suscribir contratos privados de seguros en materia de responsabilidad administrativa, habida cuenta de la incompatibilidad que se manifiesta entre la LCS y la LRJAP-PAC, e incluso por la contradicción que conlleva el régimen civil de aseguramiento privado con las garantías que reconoce el artículo 106 de la CE[627].

627 El texto completo de la petición de informe a la Dirección General de Seguros y de la Resolución de 26 de junio de 1996, es el siguiente:
"CONSULTA: Si, a la vista de lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución, en los artículos 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el 112 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local, en la Ley del Contrato de Seguro y en las restantes disposiciones que puedan considerarse de aplicación, es posible la cobertura, mediante un seguro privado, de las responsabilidades en que puede incurrir una Administración Pública por los actos que realice (o no realice) en el ámbito de una concreta relación jurídico – administrativa en la que el único afectado (aparte de la propia Administración) sea el concreto administrado con quien se haya establecido dicha relación de contenido jurídico – público".

CONTESTACIÓN

Primera: Se solicita el criterio de este Centro Directivo en torno a la posibilidad de que las pólizas de seguro puedan cubrir la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado establecida en los artículos 106 de la Constitución, 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, y 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En concreto, la responsabilidad patrimonial objeto de cobertura en el supuesto objeto de la consulta sería la imputable a una Administración Local.

Segunda: La Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados regula, en su disposición adicional primera los riesgos objeto de cobertura por las entidades aseguradoras a través del contrato de seguro considerando, dentro del riesgo de responsabilidad en general, únicamente la responsabilidad civil a cargo del asegurado.

Tercera: El seguro de responsabilidad civil aparece regulado en los artículos 73 a 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980.

El artículo 73 define el seguro de responsabilidad como aquel seguro por el que "el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho".

El artículo 74 dispone que "salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador".

Finalmente, el artículo 76 establece que "el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".

Cuarta: A la vista del contenido de dichos preceptos no resulta posible concertar un contrato de seguro privado que cubra la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, dado que:

- *No se respeta el tenor literal del artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro que limita esta modalidad de seguro a la cobertura de la responsabilidad civil, conforme a Derecho, y la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, conceptualmente, no encaja en la institución de la responsabilidad civil.*
- *Las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado se residencian en vía contencioso – administrativa y en esa sede jurisdiccional no resulta posible que la entidad aseguradora asuma la dirección jurídica de la Administración del Estado.*
- *El régimen de la acción directa, obviamente en vía civil, no es compatible con el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas contenido en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

Quinta: Sin perjuicio de lo anterior, ni siquiera en el caso de que el contrato de seguro revistiera la naturaleza de contrato administrativo al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (con lo que no sería de aplicación la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980), resultaría admisible asegurar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, por cuanto:

- *El principio de responsabilidad patrimonial aparece reconocido como una garantía que tienen reconocida los administrados frente a determinadas actuaciones de la Administración. Esa garantía determina que ante el daño que pudiera derivarse del funcionamiento de la Administración, el particular siempre va a contar con la seguridad de que la Administración responderá con su patrimonio de los perjuicios causados.*
- *De esta manera, la responsabilidad patrimonial es una responsabilidad directa y exclusiva de la Administración (de ahí que el artículo 145 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas disponga que los particulares exigirán "directamente" de las Administraciones las indemnizaciones a las que estimen tienen derecho).*

Esta garantía, reconocida constitucionalmente, podría ser cercenada si se admite la cobertura de la misma a través de un contrato de seguro. Imaginemos que la entidad de seguros que asume dicha cobertura incurre en insolvencia. ¿Podría admitirse que el perjudicado viera su derecho a ser indemnizado pendiente del resultado de la liquidación de

Sin embargo, estas consideraciones jurídicas de la Dirección General de Seguros parecieron demasiado radicales, a la vista de la circunstancia, de hecho, de la masiva utilización del contrato de seguro como sistema de cobertura de riesgo por las Administraciones Públicas, en la medida en que el contrato de seguro sustituiría a la institución de la responsabilidad patrimonial – hecho este que no constituye un requisito de validez de dichos contratos pero, desde luego, debe ser tenido en cuenta por el operador de la norma jurídica – y, además, porque la LCSP contempla un régimen específico para este tipo de contratos, que no es otro que el del contrato de servicios, recogido *"ad nominatim"*, en el propio articulado de la norma citada[628].

En base a las consideraciones jurídicas de la Resolución transcrita, parece evidente que el criterio imposibilitante de que las Administraciones Públicas puedan suscribir contratos de aseguramiento de su responsabilidad trae su causa en la tradicional distinción entre responsabilidad patrimonial y responsabilidad civil, a tenor de la idea de que la Administración se halla sometida a dos regímenes jurídicos de responsabilidad distintos, según actúe en el ámbito de las relaciones públicas o privadas, pero, sin embargo, en la actualidad no parece posible mantener esa divergencia de regímenes jurídicos, ni en lo sustantivo ni en lo procedimental.

Por lo que se refiere al procedimiento de exigencia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, se ha reiterado a lo largo del presente trabajo en numerosas ocasiones que, después de la vigencia de la LJCA, tras la modificación oportuna del artículo 9.4 de la LOPJ ante el

la entidad?

Evidentemente ello no resultaría posible por cuanto en cualquier caso el derecho a ser indemnizado como consecuencia del daño derivado de un funcionamiento de los servicios públicos no puede ser limitado más que en los supuestos contemplados en la Ley.

- *La responsabilidad patrimonial exige para su acreditación la tramitación de un procedimiento administrativo en el que se declare dicha responsabilidad, sin que sea posible iniciar cualquier reclamación a una entidad aseguradora por el simple hecho de que se haya producido un acto dañoso indemnizable. Sin la tramitación de ese procedimiento, que concluirá con un acto administrativo impugnable en vía contencioso-administrativa, no puede hablarse de responsabilidad administrativa exigible.*

Evidentemente, la existencia de ese procedimiento, en el que en ningún caso es parte la entidad aseguradora, no se compadece con la naturaleza de una operación de seguro.

- *Finalmente, no debe perderse de vista que el artículo 106 de la Constitución establece una reserva de Ley en la regulación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En la medida en que una operación de seguro pretenda dar cobertura a dicha responsabilidad incide de alguna forma en el derecho de los particulares a ser indemnizados por este concepto, cualquier contrato administrativo que pretenda tener por objeto este tipo de coberturas deberá contar con la debida regulación legal, hasta la fecha inexistente".*

628 Anexo II, apartado 6 de la LCSP.

que se sustancian las reclamaciones deducidas frente a las Administraciones Públicas es el Contencioso Administrativo, ya sea demandada individualmente la Administración, ya lo sea junto con otras personas naturales o jurídicas privadas, con la única excepción de que se deduzca la demanda en Sede Judicial Civil frente al médico y a su compañía aseguradora.

En lo concerniente a los razonamientos de índole sustantiva, tras la reforma de los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC[629], puede considerarse actualmente que la responsabilidad patrimonial constituye un sistema específico que engloba todo el conjunto de riesgos que traen su causa en la prestación de servicios públicos o privados por parte de las Administraciones Públicas, debiendo, además, señalarse que a partir del año 1991, el INSALUD contó con la cobertura legal suficiente para poder suscribir los contratos de aseguramiento de su responsabilidad y, asimismo, de la de su personal dependiente.

En efecto, la preocupación de la Administración por la responsabilidad en el ámbito sanitario tuvo como consecuencia la adopción, a partir del año 1991, de una solución encaminada a cubrir de forma objetiva y amplia los riesgos derivados de daños causados a los usuarios de la sanidad por el personal dependiente del Sistema Nacional de Salud. El camino seguido fue la previsión de la posibilidad de concertar un contrato de seguro que cubriese la responsabilidad civil profesional, mediante su inclusión en la LPGE para 1991[630], en cuya Disposición Adicional Sexta se mencionaba lo siguiente:

" Contratación de seguros de responsabilidad civil: se podrán concertar seguros que cubran la responsabilidad civil profesional del personal al servicio de la Administración del Estado, de sus organismos Autónomos, de las Entidades Gestoras y de los Servicios Comunes de la Seguridad Social, en los que concurran circunstancias que hagan necesaria su cobertura. La determinación de las funciones y contingencias concretas que se consideran incluidas en el ámbito del párrafo anterior corresponderá al titular del Departamento, Organismo, Entidad o Servicio Correspondiente".

La citada previsión fue consecuencia del Acuerdo suscrito entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones Sindicales Comisiones Obreras y Confederación Estatal de Sindicatos Independientes de Funcionarios, publicado mediante Resolución de la Dirección

629 Llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

630 Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de PGE para 1991.

General de Trabajo de 10 de agosto de 1990[631], pacto éste en el que se contiene la decisión de la Administración de contratar un seguro de responsabilidad profesional en el ámbito de gestión del INSALUD, previas la autorización legal y la disposición del crédito presupuestario correspondientes.

Para hacer efectiva esta previsión, el extinto INSALUD contrató, en 1991 un seguro de responsabilidad civil con una compañía aseguradora privada. No obstante las primeras dificultades de su puesta en funcionamiento, se desarrolló positivamente en sus dos años de vigencia, teniendo en gran medida un carácter experimental, y quedando pendiente de ajuste en muchos aspectos.

Por su parte, en el ámbito de actuación de las Comunidades Autónomas, algunos Servicios de Salud, a partir del año 1998, contrataron con compañías aseguradoras privadas la cobertura de la responsabilidad. Tal fue el caso del Servicio Vasco de Salud, el Servicio Andaluz de la Salud, el Instituto Catalán de la Salud y el Servicio Navarro de Salud, actuación ésta que ha venido teniendo continuidad con la renovación de las pólizas de aseguramiento, con el fin de dar cobertura a los daños causados tanto por el personal dependiente de dichos Servicios de Salud, como por el funcionamiento de los centros sanitarios dependientes de los citados Servicios, habiéndose generalizado esta práctica tras la transferencia de las funciones y servicios del INSALUD a las Comunidades Autónomas que aún no habían recibido las competencias en materia de gestión de asistencia sanitaria[632].

3. Posición jurídica de las compañías del seguro en los procedimientos de exigencia de responsabilidad

Ya se mencionó anteriormente que, después de la reforma del artículo 9.4 de la LOPJ y de la entrada en vigor de la LJCA de 1998, salvo que se interpusiera denuncia o querella contra el médico presuntamente causante del daño, o se demandara a éste junto con su compañía aseguradora ante la Jurisdicción Civil al amparo de lo dispuesto en el artículo 76 de la LCS, el resto de los supuestos indemnizatorios que se dedujeran en relación con la actuación de los

631 BOE de 8 de septiembre de 1990.

632 A partir del 1 de enero de 2002.

médicos que prestan sus servicios en instituciones sanitarias públicas, deberán ser canalizados a través del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial y, posteriormente, en sede Contencioso – Administrativa[633].

Se ha analizado también, tanto en la responsabilidad civil de los médicos, como en la responsabilidad penal, la posición de la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de éstos.

Queda, por tanto, por examinar la posición jurídica que ocupa la compañía aseguradora en el ámbito de la responsabilidad patrimonial.

Si el particular tiene derecho a ser indemnizado por la Administración en los supuestos en que ésta es responsable, con arreglo al procedimiento administrativo sobre responsabilidad patrimonial, es claro que si el perjudicado es una Compañía de Seguros, la misma está legitimada – como cualquier particular – para instar su pretensión indemnizatoria frente a la Administración causante de la lesión a través del citado procedimiento administrativo de responsabilidad.

Igualmente, no ha de existir ningún obstáculo jurídico para que si el asegurado tiene contratado un seguro de daños y la compañía aseguradora le ha abonado la correspondiente indemnización al perjudicado, pueda ésta ejercer el mismo derecho del asegurado frente a la Administración y, por tanto, instar el correspondiente procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial pues, como declara el artículo 43 de la LCS *"el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro, correspondieren al asegurado frente a las personas responsables del mismo*[634]*, hasta el límite de la indemnización"*.

633 El Consejo de Estado, en el Dictamen 331/1995, de 9 de mayo, estimó que la declaración de responsabilidad de las Administraciones Públicas, ya se hubiera generado en relaciones sometidas al Derecho Público o al Privado, corresponde a la propia Administración, a través del correspondiente procedimiento administrativo, y ello aún en el caso de que se hubieran suscrito contratos de seguros para la cobertura de estos riesgos.

634 STS1ª de 3 de mayo de 2012 expone un caso muy particular: "…*subrogación del asegurador: improcedencia: seguro multirriesgo de edificios: incendio de vivienda que se propaga a las colindantes: tomadora del seguro era la comunidad de propietarios de un complejo de viviendas unifamiliares no constituido en régimen de propiedad horizontal: carencia de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios: la asegurada no era la comunidad sino los propietarios de las viviendas: ámbito limitado de la excepción del párrafo tercero del art. 43 LCS…"*

Sobre dicho supuesto de pretensión indemnizatoria de la compañía de seguros frente a la Administración, conviene aclarar lo siguiente:

- La aseguradora dirige su pretensión en nombre e interés propios, a causa de la subrogación en el lugar del asegurado, producida por haberle pagado la indemnización contratada en el seguro de daños, de modo que, para instar el procedimiento, no necesita poder alguno del asegurado, al no actuar en representación de éste.
- Por tanto, fuera del caso en que la compañía sea la propia perjudicada, sólo es posible tal actuación en nombre e interés propios frente a la Administración responsable del daño cuando la compañía aseguradora haya pagado la indemnización al asegurado, único supuesto en el que se subroga en sus derechos.
- La aseguradora ejercitará su pretensión frente a la Administración instando el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, en el que deberá acreditar la legitimación que le permite actuar en nombre e interés propios, es decir, el pago de una indemnización a una persona con la que tiene contratado un seguro de daños y que ha sufrido una lesión en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en este caso sanitarios.
- La aseguradora sólo podrá obtener de la Administración, como máximo, la indemnización que a su vez hubiera pagado al asegurado, pues la subrogación en los derechos del asegurado sólo se produce "hasta el límite de la indemnización". Lo cual implica que si en el seguro de daños se hubiera previsto en concepto de franquicia una cantidad no indemnizable por la compañía, la legitimación para obtener la indemnización de la Administración por el importe de la franquicia corresponde al asegurado, de modo que, o bien aseguradora y asegurado instan el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial por la indemnización pagada y el importe de la franquicia, respectivamente, o bien lo hace sólo la compañía aseguradora, actuando en nombre e interés propios y también en el del asegurado (en cuanto al importe de la franquicia), acreditando la representación otorgada por éste mediante el correspondiente poder.

De lo expuesto se desprende que en cualquier otro supuesto en que la pretensión indemnizatoria se dirija por una compañía de seguros frente a la Administración, con fundamento en que el funcionamiento normal o anormal del servicio público que gestiona fue causa determinante de la lesión, es decir, cuando la compañía no sea la propia perjudicada, o no haya pagado ninguna indemnización a su asegurado, la compañía de seguros no está legitimada para

instar el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, ya que sólo lo está el perjudicado, de modo que si la

aseguradora quiere instar el procedimiento en nombre o interés de éste, como sucede con frecuencia, deberá acreditar la representación del asegurado, aportando el correspondiente poder, incluso en el caso en que tengan contratado un seguro de defensa jurídica, pues, por dicho seguro, el asegurador se obliga a hacerse cargo de los gastos del asegurado a consecuencia de su intervención en un procedimiento y a prestarle servicios de asistencia jurídica, lo que no incluye por sí mismo, la representación del asegurado.

Conviene, pues, que las compañías aseguradoras tengan presentes tales advertencias, derivadas de la especial configuración de la responsabilidad de la Administración, siempre administrativa, cualquiera que sea la relación jurídica, pública o privada, en la que se produzca, evitando actuar de modo práctico como suelen hacerlo cuando dirigen sus reclamaciones contra otras aseguradoras o los particulares, pues al dirimir sus pretensiones contra la Administración entran de lleno en el mundo del procedimiento administrativo, debiendo cumplir con sus requisitos si quieren producir el efecto interruptivo de la prescripción.

E, igualmente, interesa a la Administración no olvidar que su responsabilidad se dirime en dicho procedimiento administrativo, de modo que, como en cualquier otro, si una persona (por ejemplo la aseguradora) actúa en representación de otra, ha de acreditar su representación, siendo la falta de acreditación un defecto subsanable y debiendo concederle la Administración un plazo de diez días para llevar a cabo dicha subsanación, so pena de tenerla por desistida de no hacerlo así; y si la Administración, no obstante la falta de acreditación de la representación, entra en el conocimiento del fondo del asunto y resuelve el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, no puede después, en el recurso contencioso-administrativo, negar la existencia de tal requisito, que antes ya ha admitido tácitamente, ni sostener con éxito la interrupción de la prescripción.

4. Pretensiones indemnizatorias de la Administración responsable y la compañía aseguradora de su responsabilidad patrimonial

La cuestión es, desde luego, más complicada cuando el perjudicado, o su compañía aseguradora, dirigen la pretensión indemnizatoria frente a la Administración responsable y la compañía aseguradora de su responsabilidad patrimonial, como sucede en el caso del seguro de las Administraciones Públicas Sanitarias.

De entrada, debe reiterarse que la responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como objetiva y directa, distinta de la civil, sometiéndose a un diferente régimen jurídico y exigiéndose a través de un procedimiento distinto, pudiendo hablarse tan sólo de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria, o del personal a su servicio, en relación a la subsidiaria o directa derivada de una infracción penal.

Por ello, fuera de ese contexto penal, no existe la responsabilidad civil de la Administración, sino la llamada responsabilidad patrimonial, razón por la cual no puede existir el seguro de responsabilidad civil de la Administración Sanitaria, sino el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sucede, sin embargo, que no existe norma alguna sobre el seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración, como una de las modalidades del seguro de daños, razón por la cual se consideran aplicables, a menudo, las normas sobre el seguro de responsabilidad civil[635], e incluso se remiten a ellas muchos de los contratos de seguro llevados a cabo por las Administraciones Públicas.

En rigor, tratándose de un seguro distinto, no le son aplicables tales normas ni, por su naturaleza, podrían resultarle aplicables.

El artículo 73 de la LCS, por ejemplo, al definir el seguro de responsabilidad civil como *"aquél por el que el asegurador se obliga a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a derecho",* no incluye el riesgo del nacimiento a cargo de la Administración de la obligación de indemnizar

635 Contenidas en los artículos 73 a 76 de la LCS.

los daños y perjuicios causados por el funcionamiento de los servicios públicos, de cuyas consecuencias es administrativamente responsable.

El artículo 74 de la LCS prevé que el asegurador asuma la dirección jurídica del asegurado frente a la reclamación del perjudicado, lo que no resulta posible en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que, como dice el artículo 447 de la LOPJ, su representación y defensa corresponde a los Abogados integrados en los Servicios jurídicos de dicha Administración (Abogados del Estado, Letrados de las Comunidades Autónomas...).

El artículo 75 de la tan repetida LCS posibilita la existencia, en ciertos casos, del seguro de responsabilidad civil obligatorio, lo que no existe en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cosa lógica, en principio, ante la finalidad pretendida de otorgar la máxima garantía a los profesionales sanitarios mediante el establecimiento de la responsabilidad directa de la propia Administración Sanitaria.

Por último, el artículo 76 de la citada LCS atribuye al perjudicado acción directa contra el asegurador, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el asegurado en caso de daño provocado por la conducta dolosa de éste, precepto que sólo tiene sentido en el ámbito de la responsabilidad civil, cuando se trata de otorgar al perjudicado una garantía adicional permitiéndole cobrar directamente del asegurador, pero no en el campo de la responsabilidad patrimonial, objetiva, exigible directamente de la Administración, procedimiento éste en el que ya tiene el perjudicado, al menos teóricamente, la máxima garantía de efectividad de su crédito.

No existe, pues, la llamada "acción directa", entendida como acción civil, contra la compañía aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ni es aplicable a este ámbito el artículo 76 de la LCS, ni tiene sentido su aplicación.

Se advierte esto con mayor claridad si se observa la disfuncionalidad que se produciría de admitir la posibilidad de demandar en vía civil contra la aseguradora de la Administración, o de su personal, sin existir acción civil contra dicha Administración – o contra el citado personal – máxime cuando ya no existe la posibilidad de utilizar el criterio de la *"vis atractiva"* del Orden Jurisdiccional Civil, argumento éste tradicionalmente empleado para justificar la interposición de demandas conjuntas contra la Administración y otros responsables solidarios, como acontece en el caso de la compañía aseguradora, ni siquiera para demandar

conjuntamente a la Administración y a su aseguradora, y se ha pretendido la unificación de todas las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en el Orden Judicial Contencioso-Administrativo, incluso cuando concurren como corresponsables potenciales sujetos privados.

Tampoco tiene sentido la interposición de la acción civil directa contra la compañía aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración, si se tiene en cuenta que ésta ha de ser declarada por la propia Administración a través del procedimiento administrativo correspondiente, razón por la cual, aun en el caso de admitirse dicha acción civil, nunca podría prosperar de no haberse declarado previamente en vía administrativa, o Contencioso-Administrativa, la existencia y realidad de responsabilidad patrimonial.

A mayor abundamiento, el contrato de seguro de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria no es un contrato privado, ni se regula, pues, por normas de Derecho Privado[636], razón ésta por la cual, además, la Administración Sanitaria tiene potestades sobre interpretación del contrato, sobre la resolución de las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, suspender su ejecución y acordar su resolución y efectos, siendo el Orden Judicial Contencioso Administrativo el competente para resolver las cuestiones litigiosas surgidas sobre tal interpretación, modificación, resolución y efectos del mismo.

En conclusión, el contrato de seguro de responsabilidad patrimonial de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónoma es un contrato administrativo que, básicamente se rige por la LCSP y, subsidiariamente, por la LCS.

Por ello, si no puede ejercitarse la acción civil directa contra la compañía aseguradora, ni tampoco demandarse conjuntamente en vía civil a la compañía y a la Administración Sanitaria, habrá que concluir también que las pretensiones indemnizatorias deducidas contra la Administración y la aseguradora de su responsabilidad patrimonial habrán de ventilarse en vía administrativa.

636 Como sucede con la LCS, sino como un contrato administrativo, convocado y adjudicado mediante los trámites establecidos en la LCSP.

En otras palabras, la compañía aseguradora tiene la condición de interesado en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración, afectándole directamente la resolución que en el mismo se dicte, la cual es ejecutiva, sin perjuicio de su suspensión, y podrá ser recurrida por todos los interesados – y también, por tanto, por la propia compañía aseguradora – en sede Contencioso-Administrativa.

Ha existido tradicionalmente rechazo a admitir la condición de interesado a la compañía aseguradora en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, seguramente debido a la difícil conciliación de los rígidos conceptos civiles del dolo, culpa o negligencia, con la singularidad de la responsabilidad administrativa, objetiva y directa. No parece, sin embargo, que la intención del Legislador haya sido la de dificultar la calificación de las compañías aseguradoras como interesados en el procedimiento administrativo, pues tanto la Ley Orgánica 6/1998, de Reforma de la LOPJ, como la LJCA, han querido unificar totalmente las pretensiones sobre responsabilidad patrimonial en el Orden Contencioso-Administrativo, incluso en concurrencia con sujetos privados, evitando la dispersión de acciones y garantizando la uniformidad jurisprudencial, en expresión de la Exposición de Motivos de la última de las leyes citada.

La referencia a sujetos privados muestra hasta qué punto el legislador ha querido que la responsabilidad concurrente de la aseguradora con la de la Administración se declare en última instancia en el Orden Judicial Contencioso-Administrativo, para lo cual es preciso que, previamente, en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, hayan intervenido en condición de interesados.

Ciertamente, ni las Leyes citadas anteriormente, ni la LRJAP-PAC, al regular la responsabilidad patrimonial de la Administración, atribuyen expresamente a las compañías aseguradoras la condición de interesados en el procedimiento administrativo. Pero la razón de dicha atribución es la misma que la de los sujetos privados concurrentes y, además, tienen las citadas compañías no ya sólo un interés legítimo, sino un interés directo en cuanto en virtud de la cobertura del seguro y de la declaración administrativa de responsabilidad, se verán obligadas a indemnizar al perjudicado.

Por tanto, en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, que podrá iniciarse de oficio o a instancia del perjudicado, tendrán también la condición de interesados los sujetos responsables concurrentes – incluidas otras

Administraciones Públicas en el caso de responsabilidad solidaria – ,las autoridades y el personal al servicio de la Administración Sanitaria en cuanto que ésta pueda considerar que han incurrido en dolo, culpa o negligencia grave, y las compañías aseguradoras de todos ellos – incluida la aseguradora de la propia Administración responsable del siniestro en cuanto el mismo pueda ser objeto de cobertura y pueda la compañía verse obligada a pagar la indemnización – de modo que cuando la Administración considera que el siniestro no queda cubierto por el seguro, o existe una franquicia a cargo de la propia Administración y el importe de la indemnización a pagar por la compañía aseguradora es menor, no es preciso reconocer a la compañía aseguradora de la Administración la condición de interesado, por no ostentar en dicho procedimiento administrativo ningún interés legítimo.

Aunque la finalidad principal del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial es que la Administración se declare responsable, o deniegue tal responsabilidad, nada impide que la resolución se pronuncie, además, sobre la posible responsabilidad de los sujetos mencionados en el párrafo anterior.

Al contrario, el artículo 89.1 de la LRJAP-PAC, advierte que *"la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo".* Puede, pues, decidir la resolución que ponga término al procedimiento, previa audiencia de la compañía aseguradora, sobre si el siniestro es objeto de cobertura y, en caso afirmativo, declarar la responsabilidad de la Administración y la de la compañía en virtud del contrato administrativo de seguro que le une a ella.

Por otra parte, la intervención de la compañía aseguradora de la Administración como interesada en el procedimiento administrativo es lo más conveniente para el perjudicado, para la propia Administración Sanitaria y para la propia compañía aseguradora.

Para el paciente también, pues en caso de obtener una resolución favorable, podrá instar su ejecución tanto frente a la Administración como frente a la compañía aseguradora de ésta.

Y también para la Administración Sanitaria, pues la misma solventará en un único procedimiento administrativo tanto su propia responsabilidad patrimonial como la cobertura del siniestro, a través del contrato de seguro, sin necesidad de un segundo procedimiento administrativo destinado a establecer sus efectos.

Para la compañía aseguradora, pues podrá aportar su experiencia práctica al juicio administrativo, evitando así una declaración de derecho que podría perjudicarle sin habérsele dado la oportunidad de ser oída, y, en caso de disconformidad, podrá recurrirla ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la que, no obstante, habrá de pedir la suspensión de la ejecutividad de la resolución impugnada si quiere evitar frente a sí misma la ejecución de aquélla.

En virtud de lo expuesto, pueden darse variadas situaciones en el tema que venimos desarrollando, siendo las más frecuentes las siguientes:

1.- La Administración resuelve el procedimiento administrativo declarándose responsable, sin haber dado audiencia a la compañía aseguradora, en cuyo caso la resolución, siendo declarativa de derechos, sólo es revisable en perjuicio del perjudicado con arreglo a los estrictos procedimientos de los artículos 102 y 103 (revisión de actos nulos y revisión de actos anulables) de la LRJAP-PAC, y la Administración deberá indemnizar al perjudicado, sin perjuicio de exigir a la aseguradora la cuantía de la indemnización mediante un segundo procedimiento administrativo amparado en las potestades de la Administración sobre el contrato administrativo de seguro. Si, tras dicho segundo procedimiento, o el correspondiente recurso contencioso-administrativo, resulta que el siniestro no queda cubierto por la póliza, la Administración no se habrá resarcido de la compañía ni, por lo dicho, del particular.

2.- La Administración resuelve el procedimiento desestimando la pretensión del perjudicado, en cuyo caso éste puede interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución, siendo codemandada la compañía aseguradora y la Administración, siempre y cuando, en el caso de la compañía aseguradora dicha sentencia haya declarado la cobertura del siniestro.

3.- La Administración resuelve el procedimiento estimando la pretensión, previa audiencia de la compañía aseguradora, que se muestra de acuerdo con la cobertura y la indemnización, en cuyo caso el perjudicado puede ejecutar la resolución respecto de la Administración y de la compañía aseguradora. Lo normal es que pague la aseguradora inmediatamente, pero si lo hace la Administración, ésta, también en ejecución de la misma resolución, se resarcirá de la compañía.

4.- La aseguradora paga al perjudicado sin haberse resuelto el procedimiento administrativo, en cuyo caso, habiéndose firmado la renuncia a toda otra reclamación contra la compañía y

la Administración (como sucede habitualmente en la práctica), una y otra quedan liberadas frente al perjudicado, excepto casos excepcionales de agravación no prevista de los daños.

5.- La Administración resuelve el procedimiento estimando la pretensión, previa audiencia de la compañía aseguradora, que no está de acuerdo con la cobertura declarada por resolución o con la existencia de responsabilidad patrimonial, o con la cuantía indemnizatoria fijada, en cuyo caso la aseguradora puede interponer recurso contencioso-administrativo, siendo codemandado con la Administración el perjudicado, y debiendo obtener la aseguradora la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado si quiere evitar que, de momento, la resolución tenga frente a ella efectos ejecutivos, sin perjuicio de que sí los tenga frente a la Administración. Los efectos de la sentencia estimatoria que pueda dictarse dependerán del motivo de la estimación, pues si se produce por inexistencia de cobertura, no provocará la devolución de lo cobrado por el paciente, sino sólo imposibilitará el resarcimiento de la Administración frente a la compañía, mientras que si se produce por falta de responsabilidad patrimonial, o se fija una indemnización menor determinará la devolución correspondiente a cargo del paciente y permitirá, en este último caso, el resarcimiento a favor de la Administración.

La utilización del procedimiento administrativo por parte de las compañías aseguradoras, a pesar de ofrecer las ventajas expuestas, también presenta inconvenientes[637]que dimanan de la propia configuración del sistema administrativo de responsabilidad, y entre ellos los siguientes:

- El sistema de responsabilidad patrimonial de todas las Administraciones Públicas debe asentarse sobre las sólidas bases del equilibrio y la ponderación entre las garantías del lesionado y las que tutelan el interés general. En el marco de un estado social y democrático de Derecho, el establecimiento de la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas es una indudable conquista que empieza a tener grietas al haber desbordado los resultados las más generosas previsiones. Por ello, debe evitarse una interpretación tan distorsionada de la responsabilidad que identifique esa institución jurídica con un seguro a todo riesgo. El llamado "Estado del Bienestar" no convierte a las Administraciones Públicas en "Aseguradoras Universales" de todos los daños, desgracias, impericias o perturbaciones que sufren los ciudadanos.

637 Los inconvenientes son puestos de manifiesto por el Consejo de Estado en la monografía sobre La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Ponencia Especial de Estudios del Consejo de Estado. Ponente David Blanquer. MAP 1997.

Sostener este planteamiento, alerta Galán Cáceres[638] *"…ante cualquier reclamación de evento adverso en la relación sanitaria, no sólo no sería justo, sino que…sería apostar claramente por un sistema insostenible, de muy difícil asunción con cualquier presupuesto público"*

- La Ley, al regular el sistema de responsabilidad patrimonial, debería tener un contenido más completo y acabado que la LRJAP-PAC. En primer lugar, debería distinguir entre los daños y perjuicios creados por la actuación material de la Administración y los generados por actos administrativos y disposiciones reglamentarias, prestando especial atención a los creados por retrasos o inactividad de las Administraciones Públicas. Resultaría indicado y oportuno regular legislativamente la eventual antijuricidad de los resultados lesivos derivados de retrasos o inactividad. La fijación administrativa de los estándares de eficacia exigibles a las Administraciones Públicas no sólo es una importante garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y administrados, sino que puede contribuir de forma relevante al progresivo desarrollo y mejora de una eficacia administrativa que, en última instancia, se orienta a la recta satisfacción de los intereses generales.

- La caracterización de la indemnización como una deuda de valor aconsejaría establecer de una forma expresa y clara los mecanismos de actualización de valores por el transcurso del tiempo[639] y su eventual articulación con los intereses de demora exigibles[640] en los términos señalados en la normativa de aplicación.

- El cumplimiento de la exigencia constitucional de "sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas", requeriría que la Ley disponga de forma expresa la interdependencia entre los diversos regímenes de cobertura y los criterios de articulación entre las reparaciones que resultan de las pólizas de seguro, las prestaciones de Clases Pasivas o de Seguridad Social y las- indemnizaciones a título de responsabilidad patrimonial. El actual silencio del Legislador acerca de la

638 J. C. GALÁN CÁCERES. *Medicina y Responsabilidad Legal. Medicina y Derecho. Dos mundos en convergencia.* Autoedición. Badajoz 2014. Página 270.

639 Jurisprudencialmente la corriente general, con alguna excepción (STS3ª de 15 de enero de 1992) es la de considerar que el desfase económico queda atendido, en forma suficiente, con la aplicación de los intereses de demora, hasta el momento de efectividad del pago.

640 STS3ª de 4 de mayo de 1995: "…La indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración debe cubrir todos los daños y perjuicios sufridos hasta conseguir la reparación integral de los mismos, lo que no se lograría si el retraso en el cumplimiento de tal obligación no se compensase, bien con la aplicación de un coeficiente actualizador, bien con el pago de intereses por demora, pues ambos sistemas propenden, precisamente, a la consecución de una reparación justa y eficaz…".

compatibilidad o eventual acumulación de esas prestaciones es fuente de inseguridad jurídica y ejemplo patente del olvido de la exigencia constitucional de "sistema".

- El adecuado cumplimiento del artículo 149.1.18ª de la CE aconsejaría también la aprobación de un baremo que permita fijar de forma uniforme y segura las indemnizaciones que correspondan a las lesiones físicas o al resultado de muerte. Para establecer cuáles son las cuantías y valoraciones hay que tener en cuenta que el abono de la reparación económica debe conducir, en términos de equidad, a la restitución integral, a la indemnidad o reposición del lesionado a su originaria situación patrimonial, de forma que el importe de la reparación no puede producir ni un enriquecimiento injusto ni, viceversa, un empobrecimiento del lesionado[641]. La seguridad jurídica que aportaría el baremo debería enriquecerse con la justicia que resulta de incluir algunos factores de corrección que en la medida de lo posible permitan individualizar la cuantía de la reparación en atención a las particulares circunstancias de hecho en cada caso.
- La directiva constitucional de eficiencia y economía del gasto público que establece el artículo 31.2 de la CE aconseja adoptar e introducir las medidas presupuestarias precisas que permitan tener un exacto y puntual conocimiento de la magnitud económica del sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

5. El contenido del seguro de responsabilidad profesional

Las entidades aseguradoras centran sus esfuerzos en ofrecer productos, cada vez más ajustados, a las necesidades de los profesionales de la sanidad. Por esta razón, el contenido de una póliza de responsabilidad civil profesional suele incluir otras garantías adicionales basadas en la idea de ampliar al máximo la cobertura, y con ella, el servicio al asegurado. Pero, evidentemente, cuanto mayor sea la cobertura del seguro, mayor será también su precio. Por tanto, es importante conocer las diferentes garantías que ofrece el contrato de aseguramiento de la responsabilidad de las Administraciones Sanitarias, al objeto de concertar aquellas que verdaderamente resulten de utilidad al profesional, o a la propia Administración Sanitaria.

641 STS3ª de 11 de mayo de 1992: "…el efecto de esta clase de responsabilidad, lo mismo que no puede producir un empobrecimiento injusto, por dimanar de un acto u omisión lesivo, a la inversa, tampoco puede dar por resultado un injusto enriquecimiento sobre el mismo…"

a) La responsabilidad civil profesional

Mediante esta cobertura se garantiza la responsabilidad profesional en que puede incurrir el médico, el personal sanitario no facultativo y el personal no sanitario, por los daños causados tanto a pacientes como a terceros, derivados de errores u omisiones cometidos en el desarrollo de su profesión.

Lo esencial de esta cobertura es la necesidad de relación entre el daño causado y la profesión del asegurado. En consecuencia, si un profesional médico tiene reconocida la compatibilidad entre la asistencia sanitaria pública y la privada, es evidente que la póliza de responsabilidad de la Administración Sanitaria sólo cubriría la responsabilidad derivada de su ocupación pública. Cualquier responsabilidad derivada de su actividad privada no sería objeto de cobertura, debiendo suscribir otra póliza de seguro diferente que cubra la actividad privada.

Es importante señalar que, en materia de responsabilidad civil profesional, los riesgos que no estén excluidos expresamente en la póliza de seguro son objeto de aseguramiento, aunque no figuren en la relación de riesgos cubiertos.

b) Responsabilidad civil general y de explotación

En muchas ocasiones, con motivo del desarrollo de la actividad del médico, puede suceder que se generen determinadas responsabilidades de tipo extracontractual, ajenas al acto médico mismo, pero relacionadas directamente con él. Por ejemplo, durante la realización de una asistencia de urgencias puede acontecer que se extravíe la ropa del paciente.

Se trata de supuestos de responsabilidad cuasi – objetiva del profesional sanitario, que se encuadran en la cobertura de la responsabilidad civil general.

Por otro lado, con motivo de la propiedad, o arrendamiento de inmuebles, pueden plantearse otros supuestos de responsabilidad derivados de la conservación de dichos inmuebles.

c) Inhabilitación profesional

En muchas ocasiones, las reclamaciones contra los profesionales de la sanidad, que se deducen ante la Jurisdicción Penal – donde se imponen las penas accesorias – o ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa[642] – por ejemplo en materia de régimen disciplinario donde se suspende de empleo y sueldo, temporal o definitivamente, al facultativo, la condena impide a éste el ejercicio profesional.

Recientemente, las entidades aseguradoras han comenzado a ofertar una cobertura para estos casos, consistente en el abono al profesional de una determinada cantidad de dinero mensual, durante el tiempo que dure la inhabilitación, dado que, al no poder ejercer su profesión, no percibirá ingresos.

Generalmente la cobertura suele estar limitada en cuanto a su cuantía máxima se refiere, y en cuanto a su extensión en el tiempo.

d) Defensa jurídica

La LCS [643] incluye, obligatoriamente para todas las modalidades de seguro de responsabilidad civil extracontractual, la cobertura de defensa jurídica. Cobertura ésta que alcanza toda su plenitud en los seguros de los profesionales sanitarios, toda vez que es el exponente más claro de la reiterada idea de "servicio al profesional asegurado".

En efecto, cuando a un médico, por ejemplo, se le notifica una demanda o querella interpuesta contra él, su principal preocupación es la de contar con el asesoramiento y la defensa jurídica adecuados.

642 *"Hasta la entrada en vigor del Estatuto Marco…la competencia para conocer de los litigios del personal estatutario venía atribuida, con carácter general a la Jurisdicción Social...sin que pueda dudarse de la competencia (actual) de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa…"* ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. *Manual sobre Responsabilidad Sanitaria. Página 108.* Edita Thomson Reuters. Navarra 2009.

643 Artículo 74.

Normalmente esta cobertura se otorga a través de los Abogados y Procuradores que propone la compañía aseguradora, a no ser que se haya pactado la libre elección de abogado por el profesional sanitario.

Conviene resaltar, aquí, la conocida diferencia entre la denuncia y la querella[644], figuras legales de muy diferente repercusión jurídica sobre la figura del médico encausado. Denuncia es: *"… la forma de poner en conocimiento del juzgado la <<noticia criminis>> esto es unos hechos presuntamente delictivos, pero la misma no convierte al denunciante en parte del proceso ni supone el ejercicio de acción penal alguna"* La querella es: *"…un acto procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al órgano judicial competente, por la que el sujeto de la misma además de poner en conocimiento de aquel la noticia de un hecho que reviste los caracteres de delito, solicita la incoación de un proceso…así como que le tengan por parte acusadora en el mismo…es preceptiva en la querella, desde su presentación, la presencia de abogado y procurador"*

e) Cobertura de "contra – denuncia"

En la práctica, se suscita la duda acerca de si podría incluirse en las pólizas de aseguramiento de responsabilidad civil médica la cobertura de la contra – denuncia, así como las posibilidades de que prosperase una acción entablada en tal sentido.

A la hora de analizar esta cobertura deben tenerse en cuenta dos hechos objetivos que se han expuesto reiteradamente a lo largo del presente trabajo: el incremento de reclamaciones que se deducen contra los médicos y el elevado número de resoluciones judiciales desestimatorias de las pretensiones deducidas por los pacientes, lo cual pone de manifiesto la existencia de un amplio número de reclamaciones infundadas y que, la larga tramitación de los procesos judiciales, con su carga de desprestigio para el profesional sanitario que lo sufre.

Por ello, las compañías aseguradoras han estudiado la posibilidad de suscribir pólizas de seguro que amparen las denominadas contra – demandas, esto es, el ejercicio de acciones contra quienes hayan promovido un procedimiento abusivo contra un facultativo que, finalmente, ha sido absuelto.

644 J. GONZÁLEZ PERNÍA Y A. HIDALGO CARBALLAL. *Responsabilidad penal sanitaria.* Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013. Página 100.

Las normas en que se amparan las compañías aseguradoras para el ejercicio de la cobertura de contra – demanda son, en el ámbito penal, el artículo 456 del Código Penal, que tipifica el delito de acusación y denuncias falsas[645], o bien los delitos de calumnia o injuria previstos en los artículos 205 y 208 del CP.

En el ámbito civil, se fundamenta esta cobertura en la LOPJDH.

Por lo que se refiere al delito de acusación o denuncia falsa, el artículo 456 del CP castiga a los que, con conocimiento de su falsedad, o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a algunas personas hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación.

Añade el CP que no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia o auto firme de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que ha conocido la infracción imputada, que mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse por denuncia del ofendido.

La doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha declarado que, para apreciar el delito de acusación o denuncia falsa se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- Una imputación precisa y categórica de hechos muy concretos dirigida contra una persona determinada.
- Que tales hechos, de ser ciertos, constituirían infracción penal.

645 1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

i. Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.
ii. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.
iii. Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta.

2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Estos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.

- Que la imputación sea falsa.
- Que la denuncia se presente ante una autoridad judicial o administrativa que deba proceder a su investigación.
- Que exista intención delictiva, es decir, que la acusación o denuncia se haya realizado con temeridad o mala fe por parte del denunciante.

Por tanto, no existirá delito cuando la denuncia se realice de buena fe, aunque erróneamente.

Es esta última circunstancia, que exige un específico dolo o intención de perjudicar con la tramitación del proceso penal la que, a nuestro juicio, puede dar al traste con las posibilidades de éxito de la contradenuncia, puesto que habría que demostrar que el fin perseguido con la acusación no es simplemente el de iniciar un proceso, sino precisamente, el de perjudicar al denunciado, imputándole hechos falsos.

Por otro lado, aunque haya desaparecido el requisito de que sea precisamente el Tribunal el que proceda de oficio contra el denunciante, el hecho de que éste no ordene proceder, lo que debería hacer si de la causa principal, esto es, de la seguida contra los médicos, resultasen indicios bastantes de la falsedad de la imputación, resulta un nuevo dato negativo para la prosperabilidad de la contra - denuncia.

La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo [646] , considera que el acusador particular puede ver abierto un proceso contra él por acusación falsa, pero también puede ser sancionado, con la imposición de las costas procesales, por su imputación temeraria, o acusación sin fundamento.

Ello exige, de acuerdo con la Sentencia que comentamos, la apreciación de temeridad o mala fe, entendida como dolo o culpa procesal, o sea cuando la pretensión carezca de tal forma de consistencia que no pueda dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de tener conocimiento de la injusticia pretendida y de que no llevaba razón, y así lo aprecia en el supuesto de hecho enjuiciado, pero, siendo consciente de que podía proceder por acusación o denuncia falsa, sin embargo no lo hace, porque no todo ejercicio temerario o de mala fe de acciones penales constituye de por sí un delito de acusación o denuncia falsa, sino que este requiere un dolo específico, una conciencia de que el hecho denunciado es a la vez delictivo

646 STS2ª de 13 de febrero de 1997.

y falso y no sólo carente de fundamento desde el punto de vista del sostenimiento de una acusación en vía penal.

En el caso analizado, el Tribunal condenó en costas a los denunciantes, lo que, con toda claridad, demuestra que apreció temeridad o mala fe, pero ello sólo en cuanto a la actitud procesal de la parte, a la carencia de fundamento de la imputación, pero no a la falsedad de los hechos ni a la intención de perjudicar.

A ello debe añadirse que la acusación o denuncia falsa, se encuentra incluida entre los delitos contra la Administración de Justicia por lo que, aún cuando el honor del indebidamente acusado también pueda resultar protegido, lo fundamental y característico es el ataque a la Administración de Justicia, con menor consideración del patrimonio moral del ofendido.

En lo que se refiere a los delitos de calumnia e injuria, los mismos son infracciones penales contra el honor. Calumnia es la imputación de un hecho, formulada con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, y constituye injuria la acción o expresión que lesionen gravemente la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Al tipificar la injuria, el CP [647] añade que las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Por ello, la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene declarado que el simple hecho de denunciar un determinado comportamiento no puede, en principio, ser constitutivo de delito de calumnia, salvo que en ella quede acreditado el ánimo de calumniar, que nada tiene que ver con el ejercicio legítimo del derecho o el cumplimiento del deber de denunciar, que corresponde a cualquier persona, se confirme o no después la existencia del delito, salvo que aparezca probada la intención de calumniar; y que quien denuncia la posible existencia de un delito, quien pone en conocimiento de la autoridad determinadas circunstancias, aunque objetivamente deshonren, desprecien o menosprecien a una persona, salvo que se probara que el fin de la acción no fue el de denunciar sino el de ofender o atentar a su conceptuación, no comete delito de injurias.

647 Artículo 208.

Por consiguiente, si de los antecedentes no puede producirse de ninguna forma este específico ánimo de atentar contra el honor de los denunciados, no sería posible ejercitar con posibilidad de éxito la denuncia por delito de calumnia o injuria contra la acusación particular.

Por su parte, la LOPJDH defiende estos bienes jurídicos frente a todo tipo de intromisiones ilegítimas, entendiéndose por tales la divulgación de expresiones y hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.[648]

Se exige, por tanto, una divulgación que no puede entenderse producida por la simple presentación de la denuncia o querella, puesto que divulgar consiste en publicar, extender o poner al alcance del público una cosa, acción ésta que no puede entenderse cometida por la redacción del escrito de denuncia o querella, cuyo destinatario es exclusivamente la Autoridad Judicial.

Por tanto, la contra – denuncia, no estaría incluida en la defensa jurídica de las pólizas de responsabilidad civil profesional y, en consecuencia, dicha cobertura debería ser objeto de un contrato de seguro independiente, o bien incluirse separadamente en las pólizas de responsabilidad civil profesional, especificando su cobertura y la prima que corresponde pagar por el seguro de defensa civil.

Las posibilidades de éxito de las contra – denuncias serían, pues, muy limitadas, en cualquier Orden Jurisdiccional, lo que puede dar lugar a las avenencias con las compañías aseguradoras de esta contingencia acerca del mejor modo de tratar la cuestión, que habrían de ventilarse a través del procedimiento de arbitraje previsto en la LCS.[649]

En conclusión, la póliza de contra – denuncia parece tener un efecto muy limitado desde el punto de vista jurídico. Cuestión distinta la constituye la de si el conocimiento de la asistencia de la póliza de contradenuncia podría tener efectos disuasorios para las reclamaciones infundadas.

648 Artículo 7.7 de la Ley citada.

649 Artículo 61 de la LOSSP, según el cual "los conflictos que puedan surgir entre tomadores del seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o causahabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras se resolverán por los jueces y tribunales competentes; asimismo, podrán someter voluntariamente sus divergencias a la decisión arbitral, en los términos del artículo 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas de desarrollo de la misma".

6. El seguro y la acción de regreso en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre

Ya hemos señalado que la Administración incurre en responsabilidad objetiva y directa por los daños generados por su personal. [650]

Por ello, aun cuando no pueda identificarse al personal dependiente de las Administraciones Públicas Sanitarias como causante de la lesión que puede provocar el resarcimiento frente a terceros, es la Administración Pública la única responsable del daño, y ello en el entendimiento de que la responsabilidad de la Administración Sanitaria y la del personal a su servicio son una misma cosa.

En consecuencia, si como se razonó antes, no existe ningún obstáculo para que la Administración asegure su propia responsabilidad patrimonial, tampoco debería existir para que asegure los riesgos dimanantes de la actividad del personal de ella dependiente.

En el caso que estamos analizando se produce una cierta confusión entre el tomador del seguro y el asegurado puesto que, en el caso de la Administración Sanitaria que concierta el contrato de seguro y abona la prima, la misma tiene la condición de tomadora del seguro y asegurada; no así el personal dependiente de la Administración que únicamente podría ocupar en este caso la posición de asegurado, tal y como se ha visto en el análisis de las pólizas de aseguramiento suscritas por el extinto INSALUD, debiéndose hacer notar que el personal dependiente de la Administración Pública, en el caso del ejercicio de la acción de regreso por parte de la Administración, carecería de la cobertura de la póliza de aseguramiento únicamente en el caso de que el daño se hubiera producido a consecuencia de la actitud dolosa del mismo.

a) La acción de regreso ejercitada contra las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas Sanitarias

En la actualidad, la acción de regreso se regula en el artículo 145.2 de la LRJAP-PAC.

650 Conforme a lo determinado en los artículos 144 y 145 de la LRJAP-PAC.

El primer problema que suscita la acción de regreso estriba en la determinación del ámbito subjetivo de la misma. La expresión legal que indica al "personal al servicio de las Administraciones Públicas" no plantea dificultades interpretativas graves y sugiere que la regulación legal de la acción no se circunscribe a los funcionarios en sentido estricto, sino que alcanza también a cualesquiera empleados públicos, mediante vinculo laboral o estatutario.

Ahora bien, el artículo 145 de la LRJAP-PAC, habla también de "autoridades" y, habida cuenta que no existe en el ámbito normativo administrativo una definición clara y precisa de "autoridad", a fin de delimitar el contenido del término, resulta indispensable acudir a otros ámbitos normativos.

En el campo de actuación del Derecho Penal la noción de autoridad es algo más decantada pero, habida cuenta que las normas penales y las excepcionales no se aplican a momentos ni a supuestos distintos que los contemplados en dichas normas, no existiría una posibilidad plena de aplicación analógica de los conceptos penales a la acción de regreso administrativa.

Por otra parte, y junto al concepto genérico de autoridad, el Código Penal enumera a una serie de autoridades a las que es evidente que no podría aplicarse el artículo 145.2 de la LRJAP-PAC, como acontece con los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Parlamento Europeo, los miembros del Ministerio Fiscal y del Tribunal Constitucional, así como los miembros del Consejo General del Poder Judicial.

Aun cuando la redacción del precepto no ha sido muy afortunada, parece que la intención del Legislador ha sido la de equiparar el término "autoridades" con el de "altos cargos" del ámbito sectorial administrativo donde se ha producido la lesión.

b) La obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso

A pesar de que, desde la reforma de la LRJAP-PAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero, está prevista en el ordenamiento jurídico la obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso, es notorio que, en la práctica, dicha acción no ha sido utilizada prácticamente nunca, lo que ha generado una incómoda sensación de impunidad patrimonial del personal al servicio de

las Administraciones Públicas, de la que la doctrina sigue haciéndose eco, siendo notorio el escepticismo de la misma sobre la eficacia de dicha acción[651].

En este punto se ha de poner de manifiesto que, quizás, la única forma de asegurar el cumplimiento de la acción de regreso sería facilitar que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa obligue a la Administración Pública a ejercerla, si concurren los requisitos y condiciones que la Ley establece, a instancias de cualquier persona interesada en el procedimiento administrativo (cual podría ser el caso del paciente, o de sus causahabientes), pero, en la actualidad, el carácter altamente individual de la legitimación procesal en sede contencioso-administrativa permite considerar como poco probable esta posibilidad, si lo que se pretende es que un órgano judicial ordene a un Tribunal que condene a la Administración a activar la acción de regreso, sobre todo si se entiende, puesto que el artículo 145.2 de la LRJAP-PAC dice que la Administración correspondiente "exigirá de oficio" de sus empleados la responsabilidad en que hubieran incurrido, que de dicho tenor literal se entiende que no cabe solicitud alguna de persona interesada - es decir, que el procedimiento administrativo solo puede iniciarse en este caso de oficio y no a solicitud del interesado - . Por ello, en lo tocante a la obligatoriedad de la acción de regreso, una previsión legislativa como la que se comenta está llamada al enclaustramiento si la ley no habilita la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial por el que se obligue a la Administración a llevar a cabo la conducta que la norma requiere.

Esta acción de regreso, bajo idéntico planteamiento de ejercicio obligatorio por parte de la Administración que hubiera indemnizado, se recoge en la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en su artículo 36.2. Se recogen en la citada Ley, no obstante, supuestos en los que la exigencia de repetición por la Administración al responsable del daño, es facultativa. Así en los casos de responsabilidad de empleados públicos como miembros de órganos liquidadores de organismos públicos estatales, cuando ocasionen un daño en su gestión, a la Administración, por dolo, culpa o negligencia grave (Artículo 97). Igualmente en los casos de liquidación de sociedades mercantiles estatales, cuando concurran las condiciones recién expresadas (Artículo 114). Se sigue el mismo principio potestativo, también, en las disoluciones de consorcios o de participación de empleados públicos como miembros de patronatos (Artículos 127 y 135 respectivamente).

651 Vid LEGUINA VILLA. J. *La responsabilidad patrimonial de la Administración, de sus autoridades y del personal a su servicio. La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Madrid. Tecnos. 1993.

c) La indemnización a la víctima

Sea como fuere, el ejercicio de la acción de regreso supone que la Administración ha indemnizado previamente al particular, lo cual supone un dato incuestionable, y en apariencia nada problemático, pero sin embargo susceptible de alguna consideración interesante.

i. Indemnización derivada de una sentencia penal

Es evidente que, si la indemnización trae su causa en una sentencia contencioso-administrativa condenatoria para la Administración Sanitaria, ningún problema se plantea al respecto, pero ¿es posible ejercitar la acción de regreso cuando una Administración ha sido declarada responsable civil subsidiaria en una sentencia de índole penal?

En principio, cabe objetar que la acción de regreso prevista en el artículo 145 de la LRJAP-PAC parece requerir la tramitación de un expediente administrativo de exigencia de responsabilidad patrimonial pero, desde otro punto de vista, si en la propia norma administrativa se precisa, como requisito básico para el ejercicio de la acción de regreso, que la Administración haya indemnizado no parece que la LRJAP-PAC prejuzgue el Orden Jurisdiccional en el que haya podido ser condenado el Ente Público al abono de la indemnización.

En el proceso penal, como se vio en su momento, pueden ejercitarse conjuntamente la acción penal y la civil, debiendo en tal caso dirigirse la denuncia o querella simultáneamente contra el empleado público y la Administración presuntamente responsable civil subsidiaria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 121 del CP, por lo que sigue siendo factible – en el momento actual – que la Administración sea declarada responsable civil subsidiaria a raíz de la comisión de un ilícito penal por un empleado público. Y, siendo ello así, no parece existir ninguna objeción jurídica para que se impida a la responsable civil subsidiaria repercutir contra el agente condenado. Incluso cabe sostener que, puesto que a veces los Órganos Judiciales de lo Penal condenan a la Administración en supuestos en que existe la duda de que el delito se haya perpetrado con ocasión del desempeño de funciones públicas, la repercusión no sólo ha de ser posible en tales casos sino incluso probablemente necesaria.

ii. Indemnización satisfecha por una compañía de seguros y no por la Administración Sanitaria

En este caso la Administración Sanitaria solamente estaría legitimada para repercutir si es ella quien ha abonado la indemnización, puesto que si lo ha hecho una compañía aseguradora, el ejercicio de la acción de regreso contemplada en el artículo 145 de la LRJAP-PAC sería por completo inviable, al faltar el presupuesto del abono de la indemnización por parte del Ente Público.

Cuestión distinta sería que la entidad aseguradora pueda luego dirigirse contra el causante del daño, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, que no es en este caso el artículo 145 de la LRJAP-PAC sino la LCS y el CC.

Debe de tenerse en cuenta, no obstante, que el párrafo tercero del artículo 43 de la LCS dispone que el asegurador no tiene derecho a la subrogación contra ninguna de las personas cuyos actos u omisiones den origen a la responsabilidad del asegurado, de acuerdo con la ley. Y ése, y no otro, es el supuesto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias, por lo que parece que la subrogación de la aseguradora no es posible salvo que se den las circunstancias que el propio artículo 43 menciona para excepcionar la regla general que establece, esto es, que la responsabilidad provenga de dolo o el contrato de seguro disponga otra cosa. Pero si esta segunda hipótesis no se da, la posición del personal al servicio de la Administración sale reforzada pues la aseguradora sólo podrá repercutir contra él si se ha comportado dolosamente, a diferencia de lo que ocurre cuando de la acción administrativa de regreso se trata pues para su ejercicio bastan culpa o negligencia graves.

En este punto surgen dos problemas. El primero consiste en determinar cómo podrá la entidad aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración ejercer este derecho, siendo así que la proclamación de la responsabilidad propia de las autoridades o el personal al servicio de las Administraciones Públicas exige la tramitación de un procedimiento administrativo, cuyo nuevo régimen jurídico determina su preceptiva incoación de oficio cuando la Administración hubiera lesionado al tercero, pero no regula el supuesto de que la indemnización hubiera sido satisfecha por un tercero obligado al pago (la compañía aseguradora). Entendemos que la cuestión problemática que se plantea debe resolverse atendiendo a las reglas sobre la posición

jurídica de las compañías de seguros en los procedimientos administrativos sobre exigencia de responsabilidad de la Administración Sanitaria[652].

El segundo problema aparece ante la posibilidad de que la Administración ejercite la acción de regreso contra su personal, o las autoridades a su servicio, cuando éstos hubieran incurrido en culpa o negligencia grave, pues en este caso no cabe subrogación de la aseguradora, restringida tan sólo a los daños derivados de conductas dolosas[653].

Por otro lado, no debe olvidarse que la compañía aseguradora ha percibido las primas correspondientes precisamente para cubrir los riesgos inherentes al ejercicio de los actos profesionales de los médicos, por lo que si, además, se le permitiera repercutir contra los mismos, se produciría un enriquecimiento injusto o sin causa del asegurador.

Todo lo dicho pone de manifiesto, una vez más, las enormes contradicciones presentes entre los regímenes jurídicos que regulan la materia objeto de estudio, así como la necesidad de contar con una regulación específica de todos los problemas referidos al aseguramiento de la responsabilidad administrativa, que despeje las dudas de legalidad que se ciernen sobre estas pólizas.

d) La actuación dolosa, culposa, o con negligencia grave del médico del Sistema Nacional de Salud

Junto con el requisito del abono previo de la indemnización por parte de la Administración, es requisito ineludible para el ejercicio válido de la acción de regreso que el personal al servicio de aquélla esté debidamente identificado, hecho este que produce un inicial problema si se tiene en cuenta que en el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones

652 Vid. Apartado 2 del Capítulo Sexto de esta tesis.

653 La STS3ª de 11 de febrero de 1987 resuelve un recurso interpuesto por una compañía aseguradora contra la desestimación de una reclamación de responsabilidad por parte de un Departamento Ministerial, en ejercicio de un derecho de subrogación, con base en la indemnización que la aseguradora había concedido previamente a un particular como consecuencia de un accidente producido por el mal funcionamiento del servicio público. La resolución judicial analiza expresamente la circunstancia de la concurrencia del artículo 43 de la LCS, considerándolo de aplicación al supuesto de hecho debatido, y entendiendo subrogada a la compañía aseguradora en el derecho que asistía al perjudicado/ asegurado contra la Administración.

Públicas, de carácter objetivo y directo, no resulta necesario identificar al personal dependiente de la misma que, con su actuación, produjo la lesión al ciudadano, al margen de que el evento dañoso pueda atribuirse, en mayor o menor medida, a un agente en particular.

En cambio, la acción de regreso presupone, para su propia activación, que se conoce la identidad del empleado público cuya conducta ha provocado el daño. Y ello desde un principio, puesto que la acción de regreso no está prevista en el ordenamiento jurídico para descubrir al causante efectivo de la lesión, pero sin que ello impida tampoco que la Administración, con carácter previo a la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, pueda practicar las pesquisas que tenga por conveniente.

Identificado el médico, la clave se desplaza hacia la determinación de si su actuación se produjo con dolo, culpa o negligencia graves. Es decir, el automatismo formal con que se halla regulada la acción de regreso en la LRJAP-PAC, encuentra una importante limitación en la necesaria concurrencia de un elemento subjetivo, puesto que no cualquier comportamiento dañoso habilita para la repetición.

Si se compara el régimen administrativo establecido, para el ejercicio de la acción de regreso, en la LRJAP-PAC, con el regulado, para las relaciones jurídicas privadas en el artículo 1904.2 del CC, puede constatarse que el esquema de ejecución de la acción de regreso es similar en todos estos regímenes jurídicos, de modo que el Legislador ha rechazado siempre que la acción de regreso pueda ejercitarse en caso de culpa o negligencia leves y ha preferido imputar estas conductas, no a los agentes, sino, impersonalmente, al servicio público o a la Administración.

Mayores problemas plantea la delimitación de si el elemento subjetivo concurre o no. Habrá en la práctica casos muy claros en los que se evidencie el dolo o la culpa o negligencia graves, así como su imputación a un sujeto determinado, pero también habrá otros casos en la práctica en los que no se apreciará tan fácilmente tal circunstancia, y por ello, al menos en el plano teórico, creemos conveniente acudir a un parámetro de medición de tales conductas como el contenido en el artículo 1104 del CC.

Hay que tener, además, en cuenta que la diligencia de un buen empleado público no siempre depende sólo de él, puesto que, en el ámbito sanitario son muy dignas de consideración las disponibilidades reales del servicio (organización material y personal del mismo) puesto que

una actuación diligente requiere, en primer lugar, que el empleado público pueda ejecutarla razonablemente, lo que conecta necesariamente con los medios que tiene a su alcance.

Este último factor apuntado parece ser de gran importancia, debiendo de valorarse con gran prudencia la situación real, técnica, material y personal del servicio público sanitario antes de dar por sentado que una negligencia objetivamente grave lo es también subjetivamente.

En la base del debate se encuentra el problema relativo a que si la responsabilidad del empresario se configura como objetiva en determinadas situaciones, no parece justo que repercuta contra el empleado la totalidad de lo que hubiere satisfecho a la víctima en virtud del régimen jurídico establecido en el artículo 1903 del CC, de modo que si, en la resolución judicial que condene al abono de la indemnización a la Administración Sanitaria, se apreciase culpa *in eligendo* o *in vigilando*, la repetición contra el empleado público por la totalidad de lo indemnizado a la víctima sería improcedente.

e) La cuantía exigible a través de la acción de regreso

Dispone el artículo 145.2, párrafo segundo, de la LRJAP-PAC que:

"Para la exigencia de responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso"

De dicha previsión legal se infiere que, como peculiaridad de la acción administrativa de regreso, cabe que a través de ella no se reclame la totalidad de la indemnización abonada a la víctima.

La necesidad de tener en cuenta los criterios señalados en la norma, a los efectos de la determinación del quantum resarcitorio, permite afirmar que el órgano administrativo encargado del ejercicio de la acción de regreso puede valorar el grado de proporcionalidad en la participación del resultado dañoso y, por ende, que no se aplique en su integridad a un solo sujeto lo previamente cuantificado y exigido en su totalidad a la Administración Pública, permitiendo el reparto entre los servicios públicos a los que se impute. Por lo que en todo caso,

aunque el procedimiento tenga por objeto la acción de regreso, puede tener sentido decidir el importe de la indemnización que debe reintegrar el funcionario público responsable.

En todo caso, los criterios que el órgano administrativo que inste la acción de regreso tiene que tener en consideración son los siguientes:

- Resultado dañoso producido, pareciendo evidente al respecto que debe existir una proporción entre el daño y el tipo de actividad realizada, siendo de reiterar en este caso el carácter general de obligación de medios, y no de resultados, de las obligaciones médicas[654].
- Existencia o no de intencionalidad. En caso de que no exista intencionalidad en la producción del daño al paciente, ha de tenerse en cuenta que la LRJAP-PAC, exige como requisito básico para que pueda prosperar la acción de regreso que haya concurrido dolo, culpa o negligencia grave, requisito este del que se infiere con toda claridad que no es suficiente una falta normal de diligencia por parte del profesional médico para que pueda deducirse contra él la acción de regreso.
- Responsabilidad profesional del médico. Este elemento no juega, conforme a una interpretación literal de la norma, con relación a la acción de repetición que se deduzca contra las "autoridades", sino tan solo del "personal al servicio de la Administración Pública", debiéndose tener en cuenta, en este caso, la profesión que desempeñe el causante del daño, a fin de verificar hasta qué punto, aplicando los conocimientos adquiridos y su preparación para el desempeño de las funciones que tiene encomendadas, la falta cometida reviste la gravedad exigida.
- Relación con la producción del resultado dañoso. En definitiva, se está haciendo referencia a la imputabilidad del daño, debiendo verificarse ésta en relación a la concurrencia de la actuación de otras personas que hubiesen intervenido y de las condiciones materiales en que se realizó[655].

Debe hacerse notar, en orden a la posible limitación del *quantum* indemnizatorio exigido a los médicos causantes del daño, al amparo de la acción resarcitoria del artículo 145.2 de la LRJAP-PAC, que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias

654 Ya analizado con anterioridad.

655 GONZALEZ PEREZ, J y GONZALEZ NAVARRO, F. *Regimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)* 2ª Edición. Ed. Civitas. Madrid 1994, pags.1471 y ss.

y responsabilidad patrimonial de los empleados públicos son dos instituciones que tienen fundamentos jurídicos distintos, y, por ello mismo, ninguna razón existe para tratarlas jurídicamente de manera idéntica. La finalidad resarcitoria de la primera está ausente en la acción de regreso, a lo que es ajena la noción de garantía patrimonial de víctima alguna. Y si la acción de regreso no se fundamenta en todo caso en el resultado indemnizatorio, no parece desproporcionado que el Legislador, para la determinación de la cuantía a exigir al empleado público, habilite la utilización de ciertos criterios o reglas que permitan ponderarla.

Por otra parte, como la resolución del procedimiento ha de ser motivada, el médico – en el caso de deducción de la acción de regreso – dispondrá de unos elementos de juicio, de los que difícilmente dispondría en el caso de inexistencia de criterios legales de ponderación y de los que podrá hacer el uso que estime pertinente en el recurso contencioso administrativo que, eventualmente, pudiera entablar contra el acto que pone fin al procedimiento de repercusión.

f) El procedimiento de exigencia de la acción de regreso

Habida cuenta de la obligatoriedad del ejercicio de la acción de regreso, la exigencia del quantum indemnizatorio a la autoridad o personal de la Administración causante del daño por dolo, culpa o negligencia grave vendrá determinada, normalmente, por la existencia de una resolución judicial anterior (en la que se haya examinado la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y en la que se contengan consideraciones sobre la actuación dolosa, culposa o negligente grave del profesional sanitario en el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos), o de una resolución administrativa (en el caso de que la exigencia de responsabilidad patrimonial se haya resuelto sin necesidad de acudir a la resolución judicial).

Tanto en uno como en otro caso, resulta necesario acudir a un procedimiento administrativo para la exigencia de la acción de regreso.

Debemos hacer notar que, en el primero de los casos examinados, es decir en el supuesto de existencia de resolución judicial, si el profesional sanitario se ha personado en el procedimiento judicial y ha formulado alegaciones – que han sido apreciadas por el órgano judicial – en el sentido de que el funcionamiento normal o anormal del servicio público generador de responsabilidad y causante de la lesión no le ha sido imputable a él por dolo,

culpa o negligencia grave, resulta evidente que la Administración no podría, en este caso, actuar contra el profesional sanitario la acción de regreso y ello como consecuencia de la intangibilidad de las resoluciones judiciales y del respeto a la fuerza de cosa juzgada de las resoluciones judiciales.

Pero, constatada, bien en la resolución judicial de exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración Sanitaria, ya en la tramitación del procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad patrimonial, la posible existencia de dolo, culpa o negligencia grave en la actuación del profesional sanitario que generó la exigencia de responsabilidad patrimonial, resulta necesario seguir los trámites de un procedimiento administrativo para deducir contra el personal al servicio de la Administración la acción de regreso.

La LRJAP-PAC dice muy poco acerca del procedimiento a seguir para exigir la acción de regreso; tan sólo que debe existir dicho procedimiento y que la resolución declarativa de la responsabilidad personal del profesional sanitario causante del daño pone fin a la vía administrativa.

Los artículos 20.1 y 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, proporciona alguna información adicional, pero son normas de procedimiento muy parcas y, en tal sentido, parece evidente que habrán de seguirse los trámites de los procedimientos administrativos generales para la tramitación del caso del que nos venimos ocupando.

Dicho procedimiento se iniciará mediante acto administrativo dictado por el órgano competente (que debe ser alguno cuyas resoluciones ponen fin a la vía administrativa[656], en el que necesariamente deberán expresarse los motivos por los que se estima puede existir responsabilidad del titular del órgano frente al que se incoe de procedimiento, afectando, concretamente, dicha motivación a los siguientes extremos:

- Los hechos que se presume son determinantes de los daños.
- La concreción de los daños ocasionados.
- La posible responsabilidad conforme a los criterios establecidos en el artículo 145.2 de la LRJAP-PAC.

656 Artículo 109 de la LRJAP-PAC.

Dicho acto administrativo de iniciación del procedimiento deberá notificarse al interesado o interesados, concediéndoles un plazo de quince días para que aporten cuantos documentos, informaciones y pruebas estimen convenientes[657].

El siguiente trámite en el procedimiento administrativo de ejercicio de la acción de repetición es la instrucción del procedimiento, la cual deberá ajustarse a las normas contenidas para los procedimientos generales en los artículos 78 y 79 de la LRJAP-PAC. Se emitirán los informes que se juzguen necesarios para resolver (ex. artículo 82 de la Ley citada), practicándose – de oficio o a instancia del presunto responsable – las pruebas relevantes para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

En concreto, el artículo 21 del Real Decreto de 26 de marzo de 1993, establece el siguiente informe o dictamen preceptivo en el asunto que nos ocupa:

- Informe del Servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta indemnización.

No obstante, podrán solicitarse, facultativamente, cuantos otros informes se estimen necesarios para resolver adecuadamente el procedimiento.

En el plazo de quince días se practicarán cuantas pruebas hayan sido admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas.

Constituye también un trámite esencial de este procedimiento el de audiencia al interesado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y, con relación a dicho trámite general, el artículo 21.4 del Real Decreto de 26 de marzo de 1993 establece dos especialidades:

- Que el plazo para la audiencia al interesado será de diez días.
- Qué únicamente se prevé para formular alegaciones, aunque entendemos que no puede prevalecer esta norma reglamentaria sobre la general establecida en el artículo 84 de la LRJAP-PAC[658].

657 Artículo 21 del Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo.

658 Conforme al apartado segundo del artículo 84, los interesados podrán alegar y presentar los documentos

Evacuado dicho trámite, la propuesta de resolución deberá formularse en el plazo de diez días y la resolución se dictará en el plazo de cinco días, debiendo ser motivada y ello aunque no se prevea expresamente en el artículo 54 de la LRJAP-PAC, que deba serlo, puesto que es evidente que, dada su naturaleza, deberá contener la motivación suficiente que justifique la decisión.

En la resolución deberá determinarse la responsabilidad de la autoridad o del personal al servicio de la Administración Sanitaria y, asimismo, la cantidad por la que deberá responder, en los términos antes expuestos.

Los efectos de la resolución que pone fin a la acción de regreso son los siguientes:

- Pone fin a la vía administrativa, por lo que, no cabiendo ningún recurso contra ella, la impugnación de la misma deberá llevarse a cabo directamente ante los órganos judiciales de lo contencioso administrativo, salvo lo dispuesto para el recurso potestativo de reposición.
- Ha de contener alguno de los pronunciamientos posibles: estimatorio, desestimatorio o estimatorio parcial.
- El profesional declarado responsable está legitimado para deducir las pretensiones de anulación, reconocimiento de la improcedencia de la indemnización y, en su caso, de condena a la devolución de la cantidad que se hubiera pagado en ejercicio del acto, con la consiguiente indemnización de perjuicios.
- La declaración de responsabilidad y subsiguiente pago de la indemnización restablece la situación patrimonial alterada con la producción del daño.
- Conforme a lo dispuesto en el artículo 145.5 de la LRJAP-PAC, si procede, se pasará el tanto de culpa a los Tribunales competentes.

Expuesto lo anterior, queda un cabo suelto por analizar, que no es otro que el de si, una vez abonada la indemnización por la Administración Pública Sanitaria, ésta tiene un plazo determinado para instar el ejercicio de la acción de regreso.

y justificaciones que estimen convenientes.

Parece indudable que dicho plazo ha de existir, máxime si se tiene en cuenta que, respecto de la exigencia de la responsabilidad patrimonial, el plazo para el ejercicio de la acción es de un año, pudiendo aplicarse dicho plazo analógicamente a la exigencia de la acción de repetición puesto que la posibilidad de repetir no puede estar perpetuamente abierta.

Puede convenirse en que la fecha inicial del cómputo ha de coincidir con la del abono efectivo de la indemnización a los lesionados por parte de la Administración.

No obstante se plantean problemas con relación a la determinación del *dies a quo* con relación al cual debe iniciarse el cómputo de la acción de regreso, como consecuencia del aseguramiento de este tipo de responsabilidad y de la influencia que tiene el artículo 73 de la LCS en este asunto.

En efecto, la delimitación temporal de la cobertura del seguro de responsabilidad constituye una de las cuestiones más debatidas en el aseguramiento de la responsabilidad en general y, en particular, el problema se agudiza cuando nos hallamos ante el supuesto de la responsabilidad derivada de la prestación de la asistencia sanitaria.

La cuestión a plantear es ¿cuál es el momento de la ocurrencia de un siniestro?, puesto que, de la adecuada resolución de esta cuestión dependerá que haya prescrito o no la exigencia de responsabilidad patrimonial y, por ende, la posibilidad de ejercicio de la acción de repetición contra el profesional sanitario causante del daño.

En nuestro país, aplicando como referencia el artículo 73 de la LCS que establece que el asegurador se obliga *"a cubrir el nacimiento a cargo del asegurado la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato",* en la práctica se delimita la el momento de la ocurrencia del siniestro atendiendo al criterio de "hechos acontecidos durante la vigencia de la póliza".

Como se ha señalado, estamos ante una de las cuestiones más importantes del seguro de responsabilidad ya que el asegurador necesita conocer con toda exactitud cuándo dejará de recibir reclamaciones de terceros perjudicados, es decir, en qué momento dejará de responder por haber expirado de forma definitiva el plazo de vigencia de la póliza.

Por otra parte, el asegurado, y asimismo el perjudicado, necesitan obtener la seguridad relativa a que en el momento de producirse la reclamación éste será atendida por encontrarse vigente la cobertura de la póliza.

En definitiva, la problemática se debe centrar en la conciliación de los intereses de las partes que intervienen en el seguro de responsabilidad, poniéndose de manifiesto la problemática que venimos apuntando especialmente en el supuesto de los denominados siniestros tardíos ("long time claim" o "long tali claim", en la terminología anglosajona).

En esta problemática de la dinámica temporal del siniestro, el mismo es el resultado de tres acontecimientos interdependientes:

- Comisión de la acción u omisión causante del daño.
- Ocurrencia de un daño a terceros producido por dicho comportamiento.
- Reclamación dirigida al asegurado por el tercero perjudicado.

Los dos primeros acontecimientos coinciden con dos de los elementos que – como se analizó en su momento -[659] configuran la institución de la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios, esto es, la acción u omisión del causante y el daño que ésta produce a un tercero. El tercer acontecimiento se corresponde con la reacción del sujeto al que se inflige el daño causado por el agente.

En consecuencia, según lo que se viene exponiendo hasta el momento, el seguro de responsabilidad puede estar asentado sobre distintas fases temporales, coincidentes con los acontecimientos descritos en el párrafo anterior, cuales son:

- Momento de la acción u omisión que da origen al siniestro.
- Momento de la manifestación del hecho constitutivo del siniestro, o, dicho de otro modo, de la efectiva ocurrencia del daño a la víctima.
- Momento de la reclamación por el tercero perjudicado de las consecuencias que han sido originadas por el siniestro.

659 Capítulo Segundo de esta obra.

Estos son, en la práctica aseguradora, los tres momentos que es preciso tener en cuenta a la hora de fijar una base para determinar la fecha del siniestro, aunque, también es de señalar, existen sectores doctrinales que hacen referencia también al momento en el que el asegurado comunica al asegurador la reclamación recibida del tercero perjudicado, así como, al momento de la decisión judicial o arbitral (transacción) respecto de las consecuencias de dicha reclamación.

De ello se deduce que, en el caso de existencia de seguro de responsabilidad patrimonial, en la práctica no coincide la delimitación temporal del aseguramiento, con lo que se ha expuesto con relación a la acción de regreso en la que ya hemos determinado que el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción de esta última se produce en el momento del abono de la indemnización.

Centrándonos en el seguro de responsabilidad de los profesionales sanitarios, sucede en un gran número de ocasiones que, realizado un acto médico, el daño causado al paciente se manifiesta meses o años después, y la reclamación puede producirse en un plazo aún más largo, por lo que existen tres principales modos de inicio de la garantía del seguro en el tiempo, que constituyen los tres criterios básicos origen de las diferentes teorías al respecto y que han dado lugar a las distintas cláusulas tipo que se encuentran actualmente en el mercado asegurador, que son los siguientes:

- Criterio del "hecho generador", plasmado en la teoría de la acción, que considera al hecho causante del daño como origen del siniestro, con independencia del momento en que éste se manifieste, y, por tanto, del momento en que se produzca la reclamación.
- Criterio del "acaecimiento", o teoría del daño, que considera éste como el elemento de referencia respecto a qué se debe considerar como siniestro en el seguro de responsabilidad, con independencia del momento en el que se haya realizado el acto que es causa del resultado dañoso, así como del momento en el que pueda producirse la reclamación de las consecuencias del mismo.
- Criterio de la "reclamación" y la teoría del mismo nombre, que sitúa el inicio de la garantía en el momento en que el tercero perjudicado reclama los daños

sufridos como consecuencia de la acción u omisión del profesional sanitario, o del funcionamiento del servicio público sanitario[660].

En consecuencia, se puede decir que, por lo general, las cláusulas de delimitación temporal del seguro de responsabilidad más usuales son las siguientes:

- Siniestros ocurridos durante el período de vigencia de la póliza.
- Siniestros manifestados durante el periodo de vigencia de la póliza.
- Siniestros reclamados durante el periodo de vigencia de la póliza.

Las cláusulas relacionadas constituyen la expresión más simple y concreta de los diferentes criterios que cabe adoptar para fijar el inicio de la garantía del seguro de responsabilidad. No obstante, en sentido puro, estas cláusulas se estipulan cada vez con menos frecuencia, manifestándose en la práctica una tendencia a la combinación entre los distintos tipos de cláusulas enunciadas, con los siguientes resultados:

- Siniestros ocurridos y manifestados durante el período anual de vigencia de la póliza.
- Siniestros acontecidos, manifestados y reclamados durante el período anual de vigencia de la póliza.
- Siniestros acontecidos durante el período anual de vigencia de la póliza, y manifestados hasta tres años después de dicho período, con independencia de la fecha en que se presente la reclamación.
- Siniestros ocurridos y reclamados durante el período anual de vigencia de la póliza, extendiéndose la cobertura a las reclamaciones que se produzcan hasta dos años después de dicho período anual[661].

Y todo ello con independencia de que puedan pactarse otro tipo de estipulaciones en las que se produzcan diversas combinaciones de las coberturas temporales anteriormente mencionadas.

660 A él se atribuye la responsabilidad, caso de concurrir los requisitos necesarios, por encuadrar de forma indubitada la acción en la esfera pública "….. Dado que la asistencia se realizó por facultativo que dependía del Instituto y en centro sanitario perteneciente al mismo, las consecuencias a derivar se produjeron dentro de la esfera del funcionamiento de un servicio público...". STS3ª de 24 de mayo de 1995.

661 Período post – contractus o "Sunset period".

Por su parte, el artículo 73 de la LCS establece los siguientes tipos de delimitación temporal de los seguros de responsabilidad.

- La cobertura se extiende a aquellos siniestros cuya causa tenga lugar, o se haya originado durante la vigencia de la póliza, con independencia de la fecha en la que se manifiesten los daños y de la que se presente la reclamación. Esta cobertura se basa en la teoría de la acción y, en la práctica anglosajona se conoce como "action comited basis".
- La cobertura se extiende a los daños producidos durante la vigencia de la póliza, con independencia de la fecha en que se realizó la acción u omisión causante del resultado dañoso, y también de la fecha en la que se plantee la reclamación por el tercero perjudicado. Se basa en la teoría del daño y, en la práctica anglosajona se le conoce como "loss ocurrence basis".
- La cobertura temporal del seguro se extiende a aquellas reclamaciones formuladas durante la vigencia de la póliza, con independencia del momento en que se causó o manifestó el daño. Se basa en la teoría de la reclamación, conociéndosela en la práctica anglosajona como "claim made basis", siendo de destacar que este es el tipo de cobertura temporal de los seguros de responsabilidad suscritos por el extinto Instituto Nacional de la Salud.

La validez de alguna de las cláusulas expuestas ha sido cuestionada en los últimos tiempos, fundamentalmente debido a la superposición en el tiempo de dos de los modelos mencionados y, en concreto los derivados de la teoría del daño y de la teoría de la reclamación, habiendo sido resuelta tal controversia por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo[662], sentando la siguiente doctrina legal:

"El legislador español en materia de responsabilidad civil, de entre los sistemas determinantes de su hecho motivador, de la reclamación, o de ambos, ha optado simplemente por el hecho motivador, que en esencia es el riesgo del nacimiento... (hecho motivador éste) ... que es en definitiva lo que constituye el siniestro y comporta en consecuencia la obligación de indemnizar...".

662 En las SSTS1ª de fechas de 20 de marzo de 1991 y 23 de abril de 1992, entre otras muchas posteriores en idéntico sentido.

La conclusión a la que llega el Tribunal Supremo se fundamenta en el contenido del artículo 73 de la LCS, tomado como criterio legal de imperativo cumplimiento, a tenor de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la citada norma, y que fueron vulnerados en el caso enjuiciado por la existencia en el contrato de seguro de la cláusula de la reclamación, a la que declara "lesiva para la entidad asegurada... y como de tal índole ineficaz, con el consiguiente efecto de nulidad que comporta...". Tal declaración parecía estar avalada, además, por la práctica de las entidades aseguradoras, puesto que la gran mayoría de las pólizas de seguro de responsabilidad civil existentes en nuestro país definen el siniestro como "todo hecho que haya producido un daño del que pueda resultar civilmente responsable el asegurado y que se derive necesariamente del riesgo concreto objeto del seguro", por lo que es posible inferir de esta definición que, en nuestro país, se ha optado por la teoría de la acción, en cuanto que identifica el siniestro con el momento de la acción o de la omisión dañosa.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo[663] cuando declara la imposibilidad de admitir la acción reclamatoria de responsabilidad patrimonial una vez transcurrido el plazo legalmente marcado de un año desde la producción del daño y la fijación del alcance del mismo en el perjudicado: "*…ya en el informe del alta hospitalaria tras el parto que tuvo lugar en 1998, se recoge que se han producido unas lesiones "muy graves e irreversibles", lo que por su propia naturaleza significa que el daño ya se ha producido, reviste gravedad y la situación creada es definitiva e inalterable, con independencia de la evolución posterior que puede ser más o menos favorable. Situación que se vincula al diagnóstico de una "encefalopatía hipóxico isquémica", y a los cinco meses, el diagnóstico de "síndrome de west"… El plazo de prescripción comienza, a tenor del citado precepto, desde la "curación" o desde la "determinación del alcance de las secuelas". Ni que decir tiene que cuando no hay curación, por el carácter permanente e irreversible de la enfermedad, hemos de estar a la "determinación del alcance de las secuelas", que en este supuesto se conocían desde el momento del alta…Desde ese momento se conoce las severas secuelas necesarias que conlleva dicha enfermedad, aunque en los aspectos no esenciales de la enfermedad, la evolución puede ser más o menos gravosa…Lo cierto es que, en este caso, la enfermedad y sus manifestaciones esenciales, así como las secuelas que irremediablemente acarrea, están presentes desde el momento en que se hace el diagnóstico definitivo… pues son consustanciales a la naturaleza de la enfermedad diagnosticada".*

Una interesante matización a este trascendental asunto del plazo de la acción y de su conexión con el daño producido, se contiene en un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia

663 STS Contencioso Administrativo de 3 de octubre de 2014.

de Castilla y León[664] que recoge que: "...*la jurisprudencia ha venido distinguiendo entre daños permanentes y daños continuados pues tratándose de daños físicos o psíquicos en las personas lo decisivo es la fecha de la curación o aquella en la que se conoce el alcance de las secuelas, esto es, cuando se estabilizan los efectos lesivos y se conoce definitivamente el quebranto de la salud cuando se conocen los efectos lesivos en el patrimonio del reclamante, momento en el que existe ya la posibilidad de valorar su alcance y extensión", (STS de 27 de abril de 2010), teniendo en cuenta que esta merma puede ser permanente, producirse en un momento determinado y quedar inalterada, o continuada, manifestándose día a día. En el primer caso, el periodo de prescripción se inicia cuando se producen, pues en ese instante cabe evaluar los daños, mientras que en el segundo, como no pueden medirse ab initio las consecuencias para la salud, hay que esperar a conocer su entidad o, como dice el repetido precepto legal, el "alcance de las secuelas". Así, la citada STS de 22 de febrero de 2012, y en el mismo sentido la STS de 2 de abril de 2013 , por remisión a otras anteriores, ponen de relieve que " a) por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo. b) Daños continuados, en cambio, son aquellos que, porque se producen día a día, de manera prolongada en el tiempo y sin solución de continuidad, es necesario dejar pasar un periodo de tiempo más o menos largo para poder evaluar económicamente las consecuencias del hecho o del acto causante del mismo. Y por eso, para este tipo de daños, el plazo para reclamar no empezará a contarse sino desde el día en que cesan los efectos ", es decir, el día en que se conozcan los efectos del quebranto…"*

La aplicación del plazo prescriptorio de la acción ha provocado en alguna ocasión fuerte controversia social, cuando la gravedad, extensión y antigüedad del daño aportan una especial sensibilidad colectiva, como recientemente ha sucedido en el caso de la reclamación por los daños ocasionados por el uso de la "Talidomida" en embarazadas, hace varias décadas. La Audiencia de Madrid se pronunció[665] sobre la: "…*determinación del momento en que los afectados por la Talidomida dispusieron de los elementos fácticos y jurídicos para ejercitar las acciones. Conforme a la tesis más favorable para los perjudicados, en el año 2008, los socios de AVITE ya podrían haber obtenido los correspondientes diagnósticos, de los que pudieran derivarse*

664 TSJ de Castilla y León, Contencioso Administrativo de 4 de abril de 2014.

665 Sentencia de 13 de octubre de 2014.

la probabilidad de que sus malformaciones congénitas y daños consecutivos fueron consecuencia de la ingestión de Talidomida por la madre gestante en el periodo crítico: cuando el Presidente de AVITE solicita tener reuniones con los responsables de Grünenthal (diciembre de 2010), como a la fecha de la presentación de la papeleta de conciliación (junio 2011) la acción se encontraba prescrita, por haber transcurrido en exceso el plazo de un año de conformidad al artículo 1968.2 Código Civil: no puede alegarse que la condición de talidomídicos sólo puede derivarse del reconocimiento como tal, por las resoluciones del IMSERSO, en las que se les conceden las ayudas establecidas en el Real Decreto 1006/2010; daños secundarios, tardíos o de aparición tardía: por la mera posibilidad de que puedan producirse daños tardíos derivados del principio activo de la Talidomida, no contrastados en la actualidad, y de su posible existencia en determinados afectados, no puede excluir que debamos apreciar la prescripción, y dejar indeterminado "sine die" el inicio del cómputo de la misma…"

Volviendo a la normativa sobre contrato de seguro, mediante la Disposición Adicional Sexta, número 5, de la LOSSP, se añadió un nuevo párrafo al artículo 73 de la Ley del Contrato de Seguro, cuyo texto completo es el siguiente:

"Por el seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir los riesgos del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho.

Serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquellas cláusulas limitativas de los derechos del asegurado ajustadas al artículo 3 de la presente Ley, que circunscriban la cobertura de la aseguradora a los supuestos en los que la reclamación del perjudicado haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración. Asimismo, y con el mismo carácter de cláusulas limitativas conforme a dicho artículo 3 serán admisibles, como límites establecidos en el contrato, aquéllas que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado tenga lugar durante el periodo de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar a cargo del asegurado haya podido tener lugar con anterioridad, al menos de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado".

A la vista de la modificación normativa operada, parece claro que el legislador ha optado por una mezcla de los criterios de la teoría de la acción (Action comited) y de la teoría de la reclamación (claim made), sin haber acometido de una manera decidida cuál es la definición de siniestro en el seguro de responsabilidad civil.

En definitiva, la solución que plantea el legislador tiene como punto de partida la identificación de la expresión "nacimiento de la obligación de indemnizar" con el hecho generador de la responsabilidad, dejando para un segundo plano la teoría de la reclamación, con dos claras variantes: por un lado, una basada en lo que se viene a denominar reclamación post – contractum, y por otro lo que podría denominarse "reclamación por el pasado" o, como se conoce en la terminología aseguradora, retroactividad o cobertura retroactiva.

Consecuentemente, en la práctica aseguradora se ha extendido un modelo de cláusula de delimitación temporal del seguro que combina los criterios "action commited", "loss ocurrence" y "claim made", con prevalencia de esta última, y que viene a tener, por lo general, la siguiente redacción:

" La cobertura del seguro se extiende a los daños ocurridos durante la vigencia de la póliza, derivados de acciones y omisiones realizados durante el mismo período, y cuya reclamación por el perjudicado se produzca durante el citado período de vigencia del seguro o, como máximo, dentro del plazo de ... años naturales contados a partir de la fecha de terminación del contrato o, en caso de que haya sido prorrogado, de la terminación de la última de las prórrogas del mismo".

Una vez delimitado el *dies a quo* de la acción de regreso, combinada con los diversos sistemas de cobertura temporal de las pólizas de aseguramiento, resta por analizar el momento en que prescribe el ejercicio de dicha acción resarcitoria.

Ante la inexistencia de un plazo de prescripción específico para el ejercicio de la acción de regreso, un sector de la doctrina[666] postula la aplicación del plazo general de prescripción de las acciones contra la Hacienda Pública, cifrado en cuatro años.

666 GONZALEZ PÉREZ, J. *Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.* 2ª Edición. Ed. CIVITAS. Madrid. 2000, págs. 527.

De otro lado, otro sector doctrinal – que entendemos que postula la tesis más correcta – sostiene que el término final de la acción resarcitoria concluye un año después del momento en que la misma pudo ejercitarse[667], aplicándose en este punto de manera analógica el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 142. 5 de la LRJAP-PAC, puesto que no resultaría lógico que si la Administración responde objetiva y directamente por los daños causados por las autoridades y personal a su servicio, y el plazo para el ejercicio de esta acción es de un año, se estableciera un término temporal superior para el ejercicio de la acción de regreso de la Administración frente a sus autoridades y personal.

Es necesario, por último, poner de manifiesto que, ante la inexistencia de norma específica alguna al respecto, el acto administrativo que resuelva sobre la procedencia del ejercicio de la acción de regreso tiene carácter ejecutivo[668], sin perjuicio de que el profesional sanitario con respecto al cual se ha instando la acción de regreso pueda solicitar, en el procedimiento administrativo, o en el posterior proceso contencioso – administrativo, la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, sirviendo de garantía de dicha ejecución los haberes que mensualmente percibe dicho profesional, puesto que la normativa aplicable no exige que la devolución de las cantidades abonadas por la Administración Sanitaria como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público hayan de ser abonadas a tanto alzado.

7. La cuantía indemnizatoria y la inexistencia de baremo por daños sanitarios

Como premisa principal debe ponerse de manifiesto que, así como al aludir a la materia de la responsabilidad civil de los profesionales de la Medicina poníamos de manifiesto la existencia de ciertas especialidades con relación a la responsabilidad profesional general (debido, fundamentalmente, al carácter de obligación de medios de los profesionales sanitarios que, en muy pocas ocasiones pueden garantizar la producción de un resultado), no puede decirse lo mismo con relación a las cuantías indemnizatorias que se determinan en las resoluciones judiciales que afectan a los profesionales sanitarios con relación a los daños causados por el ejercicio del resto de las profesiones humanas.

667 GONZALEZ PEREZ, J. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. Obra citada, pág. 511.

668 Artículo 57 LRJAP-PAC.

En efecto, sentada la culpa o negligencia del médico demandado, acreditada su ilicitud o antijuricidad, y probada asimismo la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño producido, no parece que la responsabilidad del profesional sanitario justifique ninguna especialidad en lo que a la cuantificación del daño se refiere; otro tanto cabe decir de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias, con relación a las cuales no existe ninguna especialidad, en lo que a la determinación del quantum indemnizatorio se refiere, con respecto al funcionamiento normal o anormal de los restantes servicios públicos.

En nuestro país, la práctica judicial – en lo que a la determinación de la cuantía indemnizatoria por los daños producidos a consecuencia de la prestación de la asistencia sanitaria – oscila entre la más absoluta discrecionalidad de órganos judiciales en el señalamiento de la indemnización de los daños y perjuicios y la aplicación, en otras ocasiones, de baremos indemnizatorios establecidos para la producción de otros tipos de daños, señaladamente los daños producido con ocasión, o como consecuencia, de los accidentes de tráfico.

En efecto, el examen detenido de la más reciente jurisprudencia en materia de responsabilidad médica, acredita que los órganos judiciales no hacen uso más que de ese criterio de la prudente y discrecional valoración del daño, sin diferencia alguna con lo que acontece en otros casos determinadores de responsabilidad. Y ello como consecuencia de que, sobre la base de los particulares mecanismos en que se inserta el recurso de casación, no suele resultar posible encontrar en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ningún criterio dominante en orden a la determinación de las indemnizaciones. Por otra parte el hecho de que, según reiterada doctrina jurisprudencial (al menos en sede judicial civil) la cuantificación del daño quede, comúnmente, reservada a la soberana apreciación de los órganos judiciales de instancia hace que resulte aún más dificultosa la búsqueda de criterios jurisprudenciales en la determinación de las indemnizaciones. Pero ello tampoco constituye ninguna singularidad en el tema de la responsabilidad del médico, puesto que lo mismo ocurre igualmente en todo tipo de daños y condenas.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

I. SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y SUS MÉDICOS; COMPETENCIAS Y RESPONSABILIDADES DE ÉSTOS

La exigencia de responsabilidad a los médicos del Sistema Nacional de la Salud se instrumentaliza, en el momento actual, a través de los Órdenes Jurisdiccionales Penal, Contencioso Administrativo y Civil, no debiéndose olvidar, en este último caso, que muchos de los centros sanitarios privados que colaboran con el Sistema Nacional de Salud, vía concierto – ex artículo 90 de La Ley General de Sanidad -, mantienen con sus médicos una relación profesional de carácter civil, por lo que la exigencia de responsabilidad, en este caso, puede deducirse, a elección del paciente, ante el Orden Jurisdiccional Civil o ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo (por considerarse, en este último caso, que ha sido precisamente el Sistema Nacional de Salud el que ha derivado al paciente al centro sanitario concertado en lugar de optar por prestarle la asistencia sanitaria en los centros sanitarios públicos de él dependientes).

En virtud de lo anterior, y habida cuenta que cada Orden Jurisdiccional aplica las normas sustantivas propias del ámbito competencial del que conoce, ante casos sustancialmente idénticos, se producen resoluciones judiciales distintas, y todo ello con la excepción de las acciones fundadas en la posible comisión por parte del médico de un ilícito penal, supuesto éste en el que se unifican, lógicamente, las resoluciones judiciales que se dictan con respecto a los médicos que prestan sus servicios profesionales para la medicina pública y la medicina privada.

El reconocimiento expreso, en normas de carácter legal y reglamentario, tanto estatales como autonómicas, de un catálogo de derechos de los pacientes, ha dado lugar, fundamentalmente desde la entrada en vigor de la LGS, a frecuentes reclamaciones contra los médicos, con fundamento en el daño moral producido al paciente por la falta de información o de prestación de consentimiento por éste, circunstancia ésta que ha sido calificada por la jurisprudencia como daño moral[669] autónomo o independiente de los daños físicos derivados

669 Teniendo en cuanta que la información, en su consideración actual, no es un elemento añadido a la praxis médica y al acto clínico, sino parte integrante del mismo. De no haberse emitido la información, bajo las condiciones debidas, hay praxis deficiente. En este sentido el Código Deontológico Médico en su art.16:"…la

del procedimiento diagnóstico y terapéutico que lleva a cabo el médico y que ha dado lugar a un incremento de la litigiosidad en esta materia.

II. ASEGURAMIENTO DE RESPONSABILIDADES

Tanto en el ámbito del aseguramiento de los riesgos de los profesionales sanitarios que prestan su actividad en el ámbito privado, como en el público, se tiene presente que la viabilidad del aseguramiento pasa por una adecuada gestión de riesgos en la actividad asistencial.

Es como consecuencia del aumento de las reclamaciones deducidas contra los profesionales sanitarios, apreciada a partir de 1980, cuando se suscita una preocupación notable en los gestores sanitarios, así como por el aumento de las cuantías indemnizatorias.

En general, el tratamiento empleado para paliar este problema ha sido la contratación, ya sea con carácter individual o colectivo por parte de los facultativos, o bien por las Autoridades Sanitarias, de pólizas de aseguramiento, pretendiéndose con dicha suscripción la consecución de dos objetivos principales:

- En primer término, satisfacer una necesidad de los facultativos, asumiendo la defensa jurídica (en su caso) y el pago de las indemnizaciones económicas a que hubiere lugar.
- En segundo lugar, propiciar que los pacientes y/o sus familiares obtuvieran una indemnización económica de manera rápida en aquellos casos en que, bien los órganos judiciales, ya los gestores del seguro de responsabilidad, así lo acordasen.

III. LA CALIDAD COMO OBJETIVO DE LA ASISTENCIA

El aseguramiento puede llevar al falso convencimiento de que, a consecuencia de la intermediación del seguro, la problemática de las reclamaciones y de las indemnizaciones que pesan sobre los profesionales sanitarios puede desaparecer. Debe considerase que una de las finalidades que persiguen tanto las instituciones sanitarias como los profesionales que prestan

información al paciente no es un acto burocrático, sino un acto clínico…".

sus servicios en ellas es la obtención del aumento de la calidad de la asistencia sanitaria, para lo cual resulta ineludible de todo punto evitar las causas de las reclamaciones y, sólo en última instancia – en el caso de que no se pueda evitar la producción del siniestro – indemnizarlas.

A consecuencia de ello debe intentarse obtener la mejor información posible sobre los incidentes ocurridos en los centros, servicios y establecimientos sanitarios, con el fin de poner en marcha las medidas preventivas oportunas y evitar, de este modo, la producción de los siniestros, finalidades estas que constituyen, en suma, el objeto de la gestión de los riesgos sanitarios.

IV. INCERTIDUMBRE Y RIESGO CLÍNICO SIEMPRE PRESENTES

Es un hecho notorio que los médicos del Sistema Nacional de Salud se enfrentan en la actualidad a muy numerosos, y a la vez distintos, tipos de riesgos: los derivados de la praxis sanitaria con relación a la prestación de la asistencia sanitaria a los pacientes; riesgos derivados del manejo de múltiples productos sanitarios y substancias biológicas y químicas; riesgos derivados de la complejidad de los equipos e instalaciones que manejan y utilizan. En otros términos, la actividad médica es una praxis de riesgo y con riesgo.

Asimismo, la incertidumbre en la práctica clínica es un factor de riesgo muy importante. La toma de decisiones es compleja, englobando no sólo los aspectos científicos, sino también la intuición; los adelantos tecnológicos y los avances científicos en la diagnosis y tratamiento de las enfermedades van precedidos de incertidumbre y, por tanto, se caracterizan por la nota del riesgo potencialmente afectante.

Los diferentes tipos de riesgo tienen, además de su dimensión personal, una dimensión económico – financiera que no se puede obviar. A su vez, los riesgos que se materializan en consecuencias indeseables son una nota negativa respecto a la calidad de la asistencia proporcionada. El riesgo que se materializa en un error implica un determinado grado de responsabilidad personal o institucional, y la concreción de esta responsabilidad conduce al abono de la indemnización.

V. LA GESTIÓN DE RIESGOS EN LA PRÁCTICA CLÍNICA

En el ámbito privado, a partir de 1950, algunas grandes empresas incorporaron a la gestión de sus recursos humanos la figura del Gerente de Riesgos cuyo cometido esencial consistía en la gestión de las pólizas de aseguramiento; esta misma gestión, sólo que trasladada al ámbito de gestión público, es la que se ha venido impulsando en nuestro país en los últimos años, solo que el cometido del Gestor de Riesgos consiste ahora en la descripción de las actividades a desarrollar para minimizar los efectos negativos de las posibilidades de acontecimiento de los siniestros.

Por todo ello, debe de implementarse, en el sector público, la misma noción de la gestión de riesgos que impera en el ámbito empresarial privado, no sólo en relación con los riesgos tradicionales de explotación material del servicio público sanitario, sino también respecto a los aspectos clínicos de las profesiones sanitarias.

La gestión de riesgos no debe concebirse como un enunciado negativo (en el sentido de que no debe conducir a la denominada "medicina defensiva"), ni debe suponer tampoco una alteración de la autonomía médica y profesional, sino que tiene como finalidad esencial la búsqueda de una mejora continua de los profesionales, de la actividad sanitaria que llevan a cabo, así como la mejora del funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Una adecuada política de gestión de riesgos debería constar básicamente de tres acciones:

1ª.- Identificación del riesgo. Consistiría en la elaboración de un listado que incluya todos los hipotéticos riesgos derivados de la actividad asistencial. Para su articulación se utilizan distintos métodos identificativos, desde comunicaciones verbales hasta las hojas de comunicaciones entre profesionales sanitarios, pasando por las propias reclamaciones de los pacientes.

2ª.- Análisis del riesgo. Una vez identificados los posibles riesgos conforme a lo descrito en el apartado anterior, debería realizarse una valoración de los mismos sobre cuál es la frecuencia con la que acontecen y cuál es su coste económico, con el fin de poder determinar la gravedad de cada uno de los riesgos.

3ª.- Tratamiento de los riesgos. Esta fase de la gestión de riesgos comprendería dos tipos de actuaciones:

- Control del riesgo: incluiría todas aquellas actividades desarrolladas para eliminar el riesgo o, en el caso de que no pudiera garantizarse la eliminación total del riesgo, para disminuirlo.
- Financiación del riesgo: cuando no puede evitarse o disminuirse la situación de riesgo, se deben establecer mecanismos (como las pólizas de aseguramiento) que permitan indemnizar las consecuencias de los siniestros.

VI. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO SANITARIO

De otro lado, y aunque al aludir a la materia de la responsabilidad civil de los médicos se ponía de manifiesto la existencia de ciertas especialidades con relación a la responsabilidad profesional general (debido, fundamentalmente, al carácter de obligación de medios de los profesionales sanitarios que, en muy pocas ocasiones pueden garantizar la producción de un resultado), no puede decirse lo mismo con relación a las cuantías indemnizatorias que se determinan en las resoluciones judiciales que afectan a los profesionales sanitarios con relación a los daños causados por el ejercicio del resto de las profesiones humanas.

En efecto, sentada la culpa o negligencia del médico demandado, acreditada su ilicitud o antijuricidad, y probada asimismo la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño producido, no parece que la responsabilidad del médico justifique ninguna especialidad en lo que a la cuantificación del daño se refiere; otro tanto cabe decir de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias, con relación a las cuales no existe ninguna especialidad, en lo que a la determinación del quantum indemnizatorio se refiere, con respecto al funcionamiento normal o anormal de los restantes servicios públicos.

Ahora bien, no es menos cierto que en la práctica judicial de otros países (fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica), es precisamente en materia de responsabilidad médica donde con más énfasis y argumentos se ha intentado establecer un sistema de límites, baremos, techos o topes en la determinación judicial de la indemnización a satisfacer a la víctima.

En nuestro país, la práctica judicial – en lo que respecta a la determinación de la cuantía indemnizatoria por los daños producidos a consecuencia de la prestación de la asistencia sanitaria – oscila entre la más absoluta discrecionalidad en el señalamiento de la indemnización de los daños y perjuicios y la aplicación de baremos indemnizatorios establecidos para la producción de otros tipos de daños, señaladamente los daños producido con ocasión, o como consecuencia, de los accidentes de tráfico.

Un examen detenido de la más reciente jurisprudencia en materia de responsabilidad médica, acredita que los órganos judiciales suelen hacer uso de los dos sistemas valorativos de los daños (la indemnización fijada prudencialmente por el órgano judicial atendidas las circunstancias del caso, en unas ocasiones, y la aplicación de baremos de daños, en otros casos). Y ello como consecuencia de que, sobre la base de los particulares mecanismos en que se inserta el recurso de casación, no suele encontrarse en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ningún criterio dominante en orden a la determinación de las indemnizaciones. Por otra parte el hecho de que, según reiterada jurisprudencia (al menos en sede judicial civil) la cuantificación del daño quede, comúnmente, reservada a la soberana apreciación de los órganos judiciales de instancia hace que resulte aún más dificultosa la búsqueda de criterios jurisprudenciales en la determinación de las indemnizaciones. Pero ello tampoco constituye ninguna singularidad en el tema de la responsabilidad del médico, puesto que lo mismo ocurre igualmente en todo tipo de daños y condenas.

Es, por tanto, imperativa la necesidad de promulgación de una Ley que establezca un baremo por daños sanitarios, para dotar de eficacia y seguridad a los mecanismos asegurativos.

VII. EL ASEGURAMIENTO PÚBLICO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

Aunque no existe ninguna duda de que el seguro de responsabilidad profesional imperante en el sector sanitario privado opera con toda normalidad, no parece existir esta misma normalidad en el ámbito de los seguros de responsabilidad profesional suscritos por las Administraciones Sanitarias y, dentro de ellas, señaladamente por las Comunidades Autónomas.

Ya se puso de manifiesto que la suscripción de estos seguros obliga, al tramitar las reclamaciones que formulan los pacientes o sus familiares por daños y perjuicios dimanantes de la actividad

sanitaria, a seguir los procedimientos administrativos correspondientes, por ser estos de carácter necesario e indisponibles por las partes suscribientes del contrato de seguro.

La utilización de dichos procedimientos administrativos por parte de las compañías aseguradoras, a pesar de ofrecer ventajas, también presenta inconvenientes que dimanan de la propia configuración del sistema administrativo de responsabilidad, y que resultan contrarios a los principios de agilidad y eficacia en virtud de los que actúan las Compañías Aseguradoras Privadas.

VIII. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUS NECESARIOS LÍMITES

El sistema de responsabilidad patrimonial del Sistema Nacional de Salud debe asentarse sobre las sólidas bases del equilibrio y la ponderación entre las garantías del lesionado y las que tutelan el interés general. En el marco de un estado social y democrático de Derecho, el establecimiento de la responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas es una indudable conquista que empieza a tener grietas al haber desbordado sus resultados las más generosas previsiones. Por ello, debe evitarse una interpretación tan distorsionada de la responsabilidad que identifique esa institución jurídica con un seguro a todo riesgo. El llamado "Estado del Bienestar" no convierte a las Administraciones Públicas en "Aseguradoras Universales" de todos los daños, desgracias, impericias o perturbaciones que sufren los ciudadanos.

La Ley, al regular el sistema de responsabilidad patrimonial, debería tener un contenido más completo y acabado que la LRJAP-PAC. En primer lugar, debería distinguir entre los daños y perjuicios creados por la actuación material de la Administración y los generados por actos administrativos y disposiciones reglamentarias, prestando especial atención a los creados por retrasos o inactividad del Sistema Nacional de Salud. Resultaría oportuno regular legislativamente la eventual antijuricidad de los resultados lesivos derivados de esos retrasos o inactividades. La fijación administrativa de los estándares de eficacia exigibles al Sistema Nacional de Salud no sólo es una importante garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y administrados, sino que puede contribuir de forma relevante al progresivo desarrollo y mejora de una eficacia administrativa que, en última instancia, se orienta a la recta satisfacción de los intereses generales.

IX. LA RESTITUCIÓN INTEGRAL COMO HORIZONTE INDEMNIZATORIO

La caracterización de la indemnización como una deuda de valor aconsejaría establecer de una forma expresa y clara los mecanismos de actualización de valores por el transcurso del tiempo y su eventual articulación con los intereses de demora exigibles en los términos señalados la LGP.

El cumplimiento de la exigencia constitucional de "sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas", requeriría que la Ley disponga de forma expresa la interdependencia entre los diversos regímenes de cobertura y los criterios de articulación entre las reparaciones que resultan de las pólizas de seguro, la asistencia a cargo del Sistema Nacional de Salud, las prestaciones de Clases Pasivas o de Seguridad Social y las indemnizaciones a título de responsabilidad patrimonial. El actual silencio del Legislador acerca de la compatibilidad o eventual acumulación de esas prestaciones es fuente de inseguridad jurídica y ejemplo patente del olvido de la exigencia constitucional de "sistema".

El adecuado cumplimiento del artículo 149.1.18º de la CE aconsejaría también la aprobación de un baremo que permita fijar de forma uniforme y segura las indemnizaciones que correspondan a las lesiones físicas o al resultado de muerte. Para establecer cuáles son las cuantías y valoraciones hay que tener en cuenta que el abono de la reparación económica debe conducir, en términos de equidad, a la restitución integral, a la indemnidad o reposición del lesionado a su originaria situación patrimonial, de forma que el importe de la reparación no puede producir ni un enriquecimiento injusto ni, viceversa, un empobrecimiento del lesionado. La seguridad jurídica que aportaría el baremo debería enriquecerse con la justicia que resulta de incluir algunos factores de corrección que en la medida de lo posible permitan individualizar la cuantía de la reparación en atención a las particulares circunstancias de hecho en cada caso.

Los principios constitucionales de eficiencia y economía del gasto público que establece el artículo 31.2 de la CE aconsejan adoptar e introducir las medidas presupuestarias precisas que permitan tener un exacto y puntual conocimiento de la magnitud económica del sistema de responsabilidad del Sistema Nacional de Salud.

X. LA DIFICULTAD DE INDEMNIZAR EL DAÑO SANITARIO

Además, si se tiene en cuenta la reforma legal operada en el año 1998, mediante la cual se promulgó la LJCA y se dio nueva redacción al artículo 9 de la LOPJ, conforme a la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa, junto con la Penal, son las únicas que en la actualidad conocen los procedimientos tendentes a la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias y a la exigencia de la responsabilidad penal de los facultativos (al menos en el ámbito de la relación jurídica pública en la que prestan sus servicios los médicos de los Servicios de Salud) no parece oportuno que existan diferentes sistemas valorativos de los daños.

En efecto, en lo que respecta a la Jurisdicción Penal, la determinación de la cuantía indemnizatoria suele llevarse a cabo, discrecionalmente, por el órgano sentenciador.

Sin embargo, en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la normativa administrativa cuenta con una norma específica, que determina los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización de los daños y perjuicios, constituida por el artículo 141 de la LRJAP-PAC, también de difícil aplicación a los daños sanitarios, por la especificidad de los mismos.

Todo ello configura un obstáculo añadido a la buena gestión del seguro de responsabilidad profesional pues, aun existiendo acuerdo, en muchas ocasiones, entre el paciente, la Administración y la Compañía Aseguradora, sobre la existencia y realidad de los requisitos que dan lugar a la indemnización, la posible transacción se frena porque las partes interesadas en el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad no alcanzan un acuerdo final sobre la concreción de la cuantía a indemnizar y, como consecuencia de ello se producen perjuicios tanto para el Sistema Nacional de Salud, como para el paciente y, asimismo, para la Compañía Aseguradora.

Para el Sistema Nacional de Salud puesto que la impugnación judicial de la resolución administrativa que declara la existencia de responsabilidad – exclusivamente por lo que se refiere a la determinación de la indemnización - porque esta circunstancia impide el perfecto ajuste de la prima por resultados, habida cuenta que resulta frecuente que en las pólizas de aseguramiento, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, se pacte que el asegurador debe mantener una cuenta de experiencia producida por la explotación

de la prima, y que el saldo de la cuenta de experiencia se calcule anualmente teniendo en cuenta diversas variables como son, entre otras, el volumen de los siniestros pagados por el asegurador durante los años de correncia.

Y daños para el asegurado porque, de no instar la ejecución de la resolución administrativa en la que se reconozca la indemnización, impugnando tan sólo judicialmente el defecto de reconocimiento de la cuantía indemnizatoria, tendrá que esperar a que exista una resolución judicial firme para percibir la indemnización íntegra, así como soportar los gastos judiciales derivados de la impugnación de la resolución administrativa, debiéndose tener en cuenta, además, que, en materia de intereses de demora, en sede administrativa, se aplica la LGP, y no la normativa sobre intereses de demora contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por último, daños para la Compañía Aseguradora, porque se ve obligada a la constitución de reservas para responder de eventuales y futuras indemnizaciones, dificultándose de este modo la regularización definitiva de las primas netas de las pólizas.

Todas estas cuestiones deberían ser resueltas mediante la promulgación de la normativa oportuna por parte de los legisladores estatal y autonómicos.

A MODO DE RESÚMEN

Introducción

La importancia que alcanza, en el aspecto normativo en España, el derecho a la protección de la salud se evidencia, en nuestro ordenamiento jurídico actual, por el hecho de su origen constitucional, que, siguiendo su evolución, arranca con una primera etapa en la que se promulgó la Ley 14/1986, General de Sanidad y en el momento presente se muestra con la promulgación de normas de tanto relieve como la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

El repertorio de asuntos a exponer, en este terreno, es por demás variado y complejo. Un elemento de primera importancia, en el escenario sanitario, es su aspecto organizativo e institucional, pero este aspecto se torna imposible de desarrollar sin abordar el elemento humano que, integrándose en el aspecto anterior, atiende el contenido prestacional del sistema sanitario: sus profesionales.

Es un hecho notorio que los médicos del Sistema Nacional de Salud se enfrentan en la actualidad a muy numerosos, y a la vez distintos, tipos de riesgos: los derivados de la praxis sanitaria con relación a la prestación de la asistencia sanitaria a los pacientes; riesgos derivados del manejo de múltiples productos sanitarios y substancias biológicas y químicas; riesgos derivados de la complejidad de los equipos e instalaciones que manejan y utilizan y, cómo no, riesgos aportados por la complejidad relacional con usuarios y pacientes como destinatarios de la asistencia sanitaria. En otros términos, la actividad médica es una praxis de riesgo y con riesgo.

La percepción de esta realidad por los propios profesionales sanitarios constituye uno de los aspectos más temidos en su desempeño, en el recelo de verse alguna vez alcanzados por una demanda penal. Esta responsabilidad de los profesionales, a quienes el Código Penal vigente acoge con generosidad, se traduce en muy diversas figuras delictivas y es tratada, bajo detalle de singularidad, en este cuerpo normativo, a través de tipos como la omisión de socorro sanitario, el intrusismo, manipulación genética o violación del secreto profesional, acogiendo, también, otras figuras más genéricas como el homicidio, las drogas tóxicas y estupefacientes o el blanqueo de capitales. Es de capital importancia el análisis de la culpa civil y de la culpa

penal, con sus evidentes diferencias, o las matizaciones obligadas para las formas de comisión dolosa o culposa de las conductas penales mencionadas. En el espacio de la responsabilidad personal del profesional sanitario y en la misma vía punitiva, pero fuera del terreno penal, se encuentra la responsabilidad disciplinaria, a la que se somete aquel por sus incumplimientos profesionales en el seno de la relación que le vincula a una organización de la que depende y que ejerce, en estos casos, sobre él su poder de dirección y control.

El vasto terreno de la responsabilidad sanitaria no se agota, sin embargo, teniendo como agentes a los profesionales sanitarios. Podemos tener como protagonista a la Administración sanitaria, en cuyo caso acudiremos a la figura de la responsabilidad patrimonial, una de las construcciones jurídicas, en este espacio, más complejas y extensas, con multitud de facetas. Sus básicos y definitorios caracteres, en el seno de las Administraciones Públicas, son su condición de objetiva (no es precisa la concurrencia de culpa para su determinación) su naturaleza directa (la acción se dirige contra la Administración, no contra el profesional eventualmente causante del daño) y la relevancia del calificativo de "antijurídico" para el daño ocasionado al perjudicado, auténtica palanca activadora de la responsabilidad, de tal manera que podemos encontrarnos en supuestos de exigencia indemnizatoria aún con un funcionamiento normal del servicio.

Una pieza clave en la responsabilidad es el aseguramiento. El importe elevadísimo de algunas indemnizaciones hace que su pago exceda normalmente a economías individuales y obligue a la concertación de pólizas de seguro que garanticen esta cobertura y aporten la necesaria tranquilidad a los profesionales. En otras ocasiones, el motivo de la suscripción de las pólizas de seguro, es un imperativo legal que obliga a los entes públicos a suscribir aseguramiento para el personal que presta servicio en sus organizaciones sanitarias. En ambos casos la técnica del seguro supone hacer pasar la responsabilidad (económica) del asegurado al asegurador mediante el pago de la prima o importe del aseguramiento. Y concurren las habituales dificultades de delimitación en cualquier aseguramiento: riesgo, daño, sujetos actuantes… Preocupa, actualmente, la viabilidad del aseguramiento que pasa por una adecuada gestión de riesgos en la actividad asistencial. Es como consecuencia del aumento de las reclamaciones deducidas contra los profesionales sanitarios, apreciada a partir de 1980, cuando se suscita una preocupación notable en los gestores sanitarios, así como por el aumento de las cuantías indemnizatorias.

Objetivos

Se dirige este trabajo a aportar una visión clarificadora de la complejidad del escenario de la responsabilidad sanitaria. Complejidad evidenciada en cuantos factores y temática se analizan, los distintos sujetos a los que puede alcanzar, las variadas figuras que pueden aparecer e incluso los distintos ámbitos jurisdiccionales a utilizar. Todo ello en una maraña normativa en los espacios comunitario, estatal y autonómico. Ese repertorio de elementos subjetivos, objetivos, organizacionales, normativos, jurisdiccionales y circunstanciales en el ámbito de la responsabilidad, tiene especialísimas connotaciones en el mundo sanitario y es mostrado aquí con sus peculiaridades, con el objetivo de allegar una visión compleja pero clara y expositivamente suficiente en la dimensión de este trabajo.

La temática de la responsabilidad es tan enjundiosa y extensa que precisa de su desglose en función de la vertiente jurídica que analicemos y así puede abordarse su detalle en la rama civil. Aparecen aquí cuestiones claves como la naturaleza contractual o extracontractual de la relación sanitaria, según los casos y la relevancia jurídica de esta distinción. El daño como determinante de la responsabilidad, con exigencia esencial de examinarlo en su relación causal con la acción u omisión que lo determina, sin olvidar la mención a aquellas causas que exoneran de responsabilidad, aún con la concurrencia del daño, como la fuerza mayor, o aquellas otras que limitan tal responsabilidad, como la interesante construcción jurídica de la concurrencia de culpas. No puede eludirse el examen de cuestiones capitales en la responsabilidad exigible a los profesionales sanitarios, como si aquella ha de ir referida a los medios disponibles a disposición del profesional o debe garantizar el resultado pretendido con la acción clínica. Otra cuestión capital a mostrar es la referida a aquellos matices de la responsabilidad exigible al profesional que desempeña su cometido como miembro integrado en un equipo asistencial, con el análisis de la responsabilidad propia y la compartida.

Es imprescindible mostrar el escenario competencial de las Administraciones actuantes y su evolución, para poder entender la realidad actual. Examinar de dónde venimos y en dónde estamos. No puede omitirse, pues, el tratamiento de cuestiones de capital importancia, como el fenómeno transferencial de la asistencia sanitaria en gestión centralizada (antiguo INSALUD) al modelo actual de gestión descentralizada, proceso paulatino comenzado con Cataluña en 1981 y concluido en el conjunto estatal en 2002. La etapa actual, desde hace varios lustros añade, en este complejo escenario organizacional mencionado, la relevancia de la conexión con la gestión pública de los nuevos entes instrumentales para la prestación de

la asistencia sanitaria a los usuarios del Sistema Sanitario Público o la presencia de centros privados que prestan asistencia pública bajo la figura del concierto y que, manteniendo con sus médicos una relación profesional de carácter civil, la exigencia de responsabilidad, en este caso, puede deducirse, a elección del paciente, ante el Orden Jurisdiccional Civil o ante el Orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo (por considerarse, en este último caso, que ha sido precisamente el Sistema Nacional de Salud el que ha derivado al paciente al centro sanitario concertado).

Conviene alertar, por otra parte, a los profesionales sanitarios del hecho de que, aún cuando la reclamación del paciente o usuario perjudicado se dirija a la Administración en la que prestan servicios aquellos, cabe la posibilidad de que, bajo determinadas condiciones, acaben ellos mismos siendo reclamados de indemnizaciones. Se trata de la llamada repetición o acción de regreso, ejercitable por la Administración Sanitaria hacia el profesional, por el importe indemnizatorio que se ha satisfecho a un ciudadano, por aquella, como compensación del daño que ocasionó aquel a dicho ciudadano, bajo determinadas circunstancias.

Parece oportuno llamar la atención acerca de un instrumento de notoria utilidad en el manejo del cálculo económico de la responsabilidad. Se trata del baremo indemnizatorio, herramienta jurídica de aplicación para fijar el importe de las cantidades a pagar por tal concepto en el seno de la responsabilidad derivada del uso de vehículos a motor y que considera no sólo el daño ocasionado al perjudicado y sus variables, sino el que se pueda ocasionar a los causahabientes de aquel en la consideración compleja de daño emergente y lucro cesante. Reúne, naturalmente, ventajas e inconvenientes este instrumento y se postula por algunos sectores la conveniencia de su traslado, desde su concepción original, a otros ámbitos normativos y en concreto al de la responsabilidad sanitaria en sus variadas vertientes. En la práctica judicial de otros países (fundamentalmente en los Estados Unidos de Norteamérica), es precisamente en materia de responsabilidad médica donde con más énfasis y argumentos se ha intentado establecer un sistema de límites, baremos, techos o topes en la determinación judicial de la indemnización a satisfacer a la víctima. En España los órganos judiciales suelen hacer uso de dos sistemas valorativos de los daños (la indemnización fijada prudencialmente por el órgano judicial atendidas las circunstancias del caso, en unas ocasiones, y la aplicación de baremos de daños, en otros casos). Sobre la base de los particulares mecanismos en que se inserta el recurso de casación, no suele encontrarse en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ningún criterio dominante en orden a la determinación de las indemnizaciones. Por otra parte el hecho de que, según reiterada jurisprudencia (al menos en sede judicial civil) la cuantificación

del daño quede comúnmente reservada a la soberana apreciación de los órganos judiciales de instancia, hace que resulte aún más dificultosa la búsqueda de criterios jurisprudenciales en la determinación de las indemnizaciones.

Resultados

El Derecho y la Medicina son ciencias diferentes pero no distantes. Vivimos una aproximación, entre ambas, desde hace varias décadas e incluso una superposición parcial. Esta zona común es, precisamente, la del Derecho Sanitario.

Se ofrece en este trabajo un ponderado, pero preciso, análisis de la práctica clínica a la luz del Derecho, mostrando a esta disciplina no bajo la figura de una amenaza, aspecto este asumido equivocadamente por algunos profesionales de la Medicina, sino como una herramienta al servicio de éstos y de los usuarios del Sistema de Salud, poniendo como meta la seguridad jurídica en la práctica asistencial.

Aportar al profesional del derecho una herramienta de análisis y reflexión para valorar cuestiones tan complejas en el mundo jurídico como las que integran la responsabilidad sanitaria. El profesional sanitario podrá efectuar su desempeño en la tranquilidad de conocer sus variables jurídicas y con ello llegar a la capital conclusión de que la práctica asistencial no se integra, solamente, por el componente científico técnico, sino además por otros elementos en el terreno jurídico, aportadores de aspectos complementarios al primer componente mencionado.

El profesional sanitario debe adquirir la convicción de que riesgo y daño están omnipresentes en la práctica clínica y que ocasionalmente están sujetos en su acaecimiento al azar, pero a veces los produce la organización sanitaria o el propio profesional. Sin embargo presencia de error no equivale, necesariamente, a responsabilidad y se muestra cumplidamente a lo largo de este trabajo.

Conclusiones

- El derecho constitucional a la protección de la salud (indebidamente mencionado con frecuencia como derecho a la salud) es incluido en nuestro texto fundamental en su artículo 43 y desarrollado con posterioridad por normativa diversa (Ley General de Sanidad y Ley de Cohesión y Calidad, particularmente) y constituye una de las mayores y más sentidas responsabilidades de los poderes públicos, en apreciación de la ciudadanía. Las formulaciones genéricas precisan, sin embargo, de concreciones y en esta materia se hacen en las carteras de servicios o catálogos prestacionales.

  La asistencia sanitaria a los ciudadanos se presta, en la actualidad, a través de órganos descentralizados: Los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, tras la culminación, en 2002, del proceso transferencial de la Sanidad. La Ley General de Sanidad dispuso, en su artículo 50, que en cada Comunidad Autónoma se constituiría un Servicio de Salud, integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos, y cualesquiera otras Administraciones Territoriales Intracomunitarias. En base a dicho precepto se han creado, en cada Comunidad Autónoma, el correspondiente Servicio de Salud, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. En cuanto a su naturaleza jurídica, según los casos, tales servicios se han constituido como organismos autónomos administrativos, entes públicos institucionales o entes públicos de carácter autónomo, adscritos a las Consejerías competentes en materia sanitaria.

  Existe una cartera de servicios estatal, con carácter de suelo prestacional y sobre la cual las distintas comunidades Autónomas pueden hacer mejoras de su contenido. Un ejercicio no demasiado afinado de esta disparidad puede llevar a problemas de inequidad del Sistema.

- Este escenario, complejo organizacional y normativamente, se complica con la concurrencia, junto con los entes públicos, de otras entidades. Unas veces se trata de figuras de los nuevos modelos de gestión, que, aún prestando asistencia pública, lo hacen a través de manifestaciones fuera de la concepción tradicional y utilizando herramientas extraídas del Derecho privado. En otras ocasiones las figuras concurrentes son entidades privadas que prestan asistencia pública bajo la figura del concierto a usuarios de la sanidad pública. Al amparo de estas previsiones

legales se han constituido, como nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios, empresas públicas, fundaciones sanitarias privadas, fundaciones sanitarias públicas y consorcios que, de una u otra forma, combinan disposiciones propias del régimen jurídico administrativo y del privado.

La privatización, como forma de gestión de servicios públicos tradicionales, constituye la segunda fase de un proceso conocido en la doctrina como "huida del Derecho Administrativo", que se manifiesta como inherente a la creación de entes administrativos personificados, de carácter instrumental, cuyos fines e intereses son los mismos de la Administración Pública que ahora se alcanzan empleando una fórmula descentralizadora. El régimen jurídico administrativo de estos entes personificados se establecía en la propia norma que los creaba; régimen jurídico singular, de excepción con respecto al ordenamiento general (específicamente presupuestario y financiero) aplicable a la Administración. La idea era que, para actuar con flexibilidad y eficacia en la satisfacción de las necesidades públicas, había que escapar al estrecho corsé que los procedimientos administrativos representaban.

El proceso derivará en una fase más avanzada, en lo que la doctrina ha denominado "apostasía del Derecho Administrativo". Invocando el principio de eficacia se termina por enfrentarlo con el sistema mismo del Derecho Administrativo; pues lo que ahora se plantea no es un régimen jurídico – administrativo singular, sino un sometimiento casi total al Derecho Privado. El tema, se dice, desborda los límites de la mera teoría de la organización administrativa para replantear nada menos que la cuestión de la distribución de la actividad de las Administraciones Públicas sometidas a régimen jurídico – administrativo o a régimen de Derecho Privado.

- Los sujetos prestadores de esta asistencia a los ciudadanos, los profesionales sanitarios, se encuentran en una posición particularmente delicada en la que el riesgo es una presencia constante y se actúa sobre los bienes más preciados de las personas. La incertidumbre, por otra parte, en la práctica clínica es un factor de riesgo muy importante. Se dice que apenas ninguna decisión clínica se aplica en condiciones de certeza, pocas veces en el terreno de la probabilidad y casi siempre en el de la incertidumbre. La toma de decisiones es compleja, englobando no sólo los aspectos científicos, sino también la intuición; los adelantos tecnológicos y los avances científicos en la diagnosis y tratamiento de las enfermedades van precedidos

de incertidumbre y, por tanto, se caracterizan por la nota del riesgo potencialmente afectante.

En ocasiones, a los profesionales sanitarios, se les exige solamente el adecuado uso de los medios, pero en otros casos han de obtener el resultado pretendido con la acción clínica y en según el concreto caso pueden ser denunciados a través de los Órdenes Jurisdiccionales Penal, Contencioso Administrativo y Civil e incluso en la vía disciplinaria. Esta disparidad procesal ante casos sustancialmente idénticos produce resoluciones judiciales distintas, con el desconcierto de los propios profesionales y de los operadores jurídicos intervinientes. En el aspecto sustantivo el reconocimiento expreso, en normas de carácter legal y reglamentario, tanto estatales como autonómicas, de un catálogo de derechos de los pacientes, ha dado lugar, fundamentalmente desde la entrada en vigor de la LGS, a frecuentes reclamaciones contra los médicos, con fundamento en el daño moral producido al paciente por la falta de información o de prestación de consentimiento por éste, circunstancia ésta que ha sido calificada por la jurisprudencia como daño moral autónomo o independiente de los daños físicos derivados del procedimiento diagnóstico y terapéutico que lleva a cabo el médico y que ha dado lugar a un incremento de la litigiosidad en esta materia.

- La responsabilidad se exige ocasionalmente, además de a los profesionales individualmente considerados, a la Administración Sanitaria. Responde, ésta, en el ámbito patrimonial o indemnizatorio, de los daños que, ocasionados a un usuario o paciente, éste no tenga el deber jurídico de soportar y sin perjuicio de la posibilidad de reclamar del profesional que hubiera ocasionado el daño por culpa grave el importe satisfecho en la indemnización al perjudicado.

  La característica más definitoria de la exigencia indemnizatoria a la Administración sanitaria es el carácter de objetiva de su responsabilidad. Pero es necesario prevenirse contra una aplicación desmedida de la exigencia de responsabilidad alejada de cualquier atisbo de culpa. Este sistema constituye una indudable conquista, pero que empieza a tener grietas al haber desbordado sus resultados las más generosas previsiones. Debe evitarse una interpretación tan distorsionada de la responsabilidad que identifique esa institución jurídica con un seguro a todo riesgo. El llamado "Estado del Bienestar" no convierte a las Administraciones Públicas en "Aseguradoras Universales" de todos los daños, desgracias, impericias o perturbaciones que sufren

los ciudadanos. La fijación administrativa de unos estándares de eficacia exigibles al Sistema Nacional de Salud no sólo es una importante garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos y administrados, sino que puede contribuir de forma relevante al progresivo desarrollo y mejora de una eficacia administrativa que, en última instancia, se orienta a la recta satisfacción de los intereses generales.

- Se muestra el aseguramiento como una pieza esencial para desplazar el importe indemnizatorio a una compañía mediante el pago de la prima correspondiente. Cumple una doble función en cuanto a los sujetos responsables de la indemnización. Respecto de los profesionales, individualmente considerados, aportarles la tranquilidad de la salvaguarda de su patrimonio personal, ante la amenazada de resarcimiento de cantidades muchas veces superiores a sus posibilidades de respuesta económica. Para la Administración sanitaria se pensó en la posibilidad de autoseguro, por la abundancia teórica de sus recursos económicos y la realmente escasa siniestralidad que presenta la actuación sanitaria, en proporción al número de actos clínicos desarrollados. Hay otro efecto beneficioso añadido cual es el propiciar que los pacientes y/o sus familiares puedan obtener una indemnización económica de manera rápida en aquellos casos en que, bien los órganos judiciales, ya los gestores del seguro de responsabilidad, así lo acordasen.

  La situación actual de aseguramiento, con independencia de las anteriores consideraciones, tiene la incuestionable ventaja de ajustar anualmente el presupuesto con la inclusión de la cuantía de la prima de aseguramiento y arrancar el ejercicio con un escenario conocido en el que los sobresaltos económicos sean los menos posibles.

- Pagar los errores, cuando lamentablemente se produzcan, parece que podría ser la pieza de cierre del servicio sanitario. Se procura no incurrir en equivocación, pero si sobreviene ésta se paga. Es una visión demasiado simplista, pues la práctica asistencial, por la importancia de los valores personales y bienes jurídicos sobre los que recae está urgida de desempeñarse sobre bases de calidad.

  Resulta ineludible de todo punto, desde esta visión integradora, evitar las causas de las reclamaciones y, sólo en última instancia – en el caso de que no se pueda evitar la producción del siniestro – indemnizarlas. A consecuencia de ello debe intentarse obtener la mejor información posible sobre los incidentes ocurridos en

los centros, servicios y establecimientos sanitarios, con el fin de poner en marcha las medidas preventivas oportunas y evitar, de este modo, la producción de los siniestros, finalidades estas que constituyen, en suma, el objeto de la gestión de los riesgos sanitarios y de la atención que prestan a usuarios y pacientes. Hace varias décadas se introdujo en determinados sectores de la empresa privada la figura del Gerente de Riesgos cuyo cometido esencial consistía en la gestión de las pólizas de aseguramiento; esta misma gestión, sólo que trasladada al ámbito de gestión público, es la que se ha venido impulsando en nuestro país en los últimos años, solo que el cometido del Gestor de Riesgos consiste ahora en la descripción de las actividades a desarrollar para minimizar los efectos negativos de las posibilidades de acontecimiento de los siniestros.

No es sencilla, sin embargo, la gestión de los riesgos, cuya adecuada política debe integrar un triple ámbito de acciones: Identificación del riesgo (elaboración de un listado que incluya todos los hipotéticos riesgos derivados de la actividad asistencial, análisis del riesgo). Una vez identificados los posibles riesgos debería realizarse una valoración de los mismos (sobre cuál es la frecuencia con la que acontecen y cuál es su coste económico, con el fin de poder determinar la gravedad de cada uno de los riesgos). En tercer lugar el tratamiento de los riesgos (con doble espacio de actuaciones: control del riesgo y financiación del riesgo, cuando no puede evitarse o disminuirse la situación de riesgo, se deben establecer mecanismos que permitan indemnizar las consecuencias de los siniestros).

- Dejando fuera de duda, en el terreno normativo y en su aplicación jurisprudencial, la posibilidad de exigencia de responsabilidad por el daño sanitario no asumible, aparece, de inmediato, la necesidad de instrumentos adecuados para dimensionar el daño en su evaluabilidad económica y trasladar la indemnización al perjudicado. Tras la reforma legal operada en el año 1998, mediante la cual se promulgó la LJCA y se dio nueva redacción al artículo 9 de la LOPJ, conforme a la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa, junto con la Penal, son las únicas que en la actualidad conocen los procedimientos tendentes a la exigencia de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas Sanitarias y a la exigencia de la responsabilidad penal de los facultativos (al menos en el ámbito de la relación jurídica pública en la que prestan sus servicios los médicos de los Servicios de Salud) no parece oportuno que existan diferentes sistemas valorativos de los daños.

En la Jurisdicción Penal, la determinación de la cuantía indemnizatoria suele llevarse a cabo, discrecionalmente, por el órgano sentenciador. Sin embargo, en el ámbito de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la normativa administrativa cuenta con una norma específica, que determina los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización de los daños y perjuicios, constituida por el artículo 141 de la LRJAP-PAC, también de difícil aplicación a los daños sanitarios, por la especificidad de los mismos. Todo ello configura un obstáculo añadido a la buena gestión del seguro de responsabilidad profesional pues, aun existiendo acuerdo, en muchas ocasiones, entre el paciente, la Administración y la Compañía Aseguradora, sobre la existencia y realidad de los requisitos que dan lugar a la indemnización, la posible transacción se frena porque las partes interesadas en el procedimiento administrativo de exigencia de responsabilidad no alcanzan un acuerdo final sobre la concreción de la cuantía a indemnizar y, como consecuencia de ello se producen perjuicios tanto para el Sistema Nacional de Salud, como para el paciente y, asimismo, para la Compañía Aseguradora.

- El baremo indemnizatorio, para ajustar las cuantías se muestra como una herramienta irremplazable en esta materia de la responsabilidad sanitaria. Su aprobación es esperada por los operadores del derecho y cualquier actor informado en el escenario sanitario. Tras diversas intentonas nos encontramos en un momento esperanzador al haberse incluido este asunto entre los temas de inquietud del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Deberá traer uniformidad en la aplicación de las responsabilidades indemnizatorias en el ámbito jurisdiccional y el efecto añadido de abaratar las primas de aseguramiento al poder ajustar cálculos actuariales, cuestión actualmente poco menos que imposible. La dificultad de determinación de la indemnización impide el perfecto ajuste de la prima por resultados, habida cuenta que resulta frecuente que en las pólizas de aseguramiento, al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, se pacte que el asegurador debe mantener una cuenta de experiencia producida por la explotación de la prima, y que el saldo de la cuenta de experiencia se calcule anualmente teniendo en cuenta diversas variables como son, entre otras, el volumen de los siniestros pagados por el asegurador durante los años de correncia. No hay que olvidar, por otra parte, que la Compañía Aseguradora se ve obligada a la constitución de reservas para responder de eventuales y futuras indemnizaciones, dificultándose de este modo la regularización definitiva de las primas netas de las pólizas. Es, por tanto, imperativa la necesidad de

promulgación de una Ley que establezca un baremo por daños sanitarios, para dotar de eficacia y seguridad a los mecanismos asegurativos.

- El sistema de objetivación de la responsabilidad y la exigencia indemnizatoria bajo estas condiciones se encuentra presente, actualmente, en el espacio comunitario. Los proyectos normativos apuntan hacia el mantenimiento de un sistema de protección a la víctima, tendiendo hacia un sistema de responsabilidad objetiva y hacia el empleo de técnicas propias de la solidaridad, así como a la imposición de la carga de la prueba de la ausencia de culpa al prestador de los servicios, tal y como se apuntó en la exposición sobre la responsabilidad civil de los médicos al aludir a la LGDCU. A principios de la década de los 90 fue ilustrativa en esta materia la Propuesta de Directiva del Consejo, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas del 18 de enero de 1991, sobre el régimen de prestación de los servicios públicos, que pretende aplicarse a todo "servicio", entendiendo por tal cualquier prestación realizada "a título profesional o de servicio público", expresión ésta que, como es obvio, comprende todos los servicios llevados a cabo por las Administraciones Públicas y, entre ellas, las Sanitarias.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA CIDÓN, J.: "La disociación jurídico sanitaria". Diario Médico, 02/02/2000 Normativa.

- "¿Cómo un médico debe redactar documentos de consentimiento informado y una Historia Clínica de calidad asistencial y judicialmente útil?". Ponencia presentada al VI Encuentro sobre Responsabilidad Sanitaria (Médica 2003), Madrid, 21 y 22 de mayo de 2003.

ABEL I FABRE, F.: "El derecho de información desde la Bioética". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO. DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO: Manual de Responsabilidad sanitaria. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2009.

- "Manual sobre responsabilidad patrimonial sanitaria de la Administración". Editorial Aranzadi. Pamplona, 2009.

ALMANSA PASTOR, J. M.: "Derecho de la Seguridad Social". Ed. Tecnos. Madrid, 1987.

ALONSO OLEA, M. y MONTOYA MELGAR, A.: "Jurisprudencia constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social" Tomo XIII. Editorial Civitas. Madrid. 1995.

- "Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud". Civitas. Madrid, 1999.
- "Instituciones de la Seguridad Social". Ed, 17ª Madrid. 2002.

ALVAREZ CIENFUEGOS–SUÁREZ, J. M.: "La información clínica y el Grupo de Expertos del Ministerio de Sanidad y Consumo: conclusiones". Ponencia al IV Congreso de Derecho Sanitario. Madrid. 1997. Recogida en el Libro de Actas editado por la Asociación Española de Derecho Sanitario y la Fundación Mapfre Medicina. Madrid. 1998.

- "Secreto médico y confidencialidad de los datos sanitarios. Responsabilidad legal profesional". Asociación Española de Derecho Sanitario. Edicomplet. 2000.
- "Telemedicina y protección de datos sanitarios. Aspectos legales y éticos". Biblioteca de derecho y ciencias de la vida. Editorial Comares. Granada. 2002.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, Council on Ethical and Judicial Affaire. "Code of Medical Ethics. Current opinion with annotations. 1996-1997, Chicago, American Medical Association, 1996.

ARIÑO ORTIZ, G.: "El servicio público como alternativa", REDA, nº. 23, octubre-diciembre 1979.

ARIÑO ORTIZ, G. y SALA ARQUER, J. M.: "La gestión de los servicios sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades", La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995.

ARMAZA GALDÓS, J.: "La eximente por consentimiento del titular del bien jurídico", Revista de Derecho Penal y Criminología, 1998.

ARROYO ZAPATERO, L.: "Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización", Estudios Penales y Criminológicos, XI, 1998.

ASUA BATARRITA, A.: "Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal", Jano, nº. 1.114.

- "El delito de coacciones y el tratamiento médico realizado sin consentimiento o con consentimiento viciado", La Ley, 1990.
- "Tratamiento curativo con consentimiento del paciente y responsabilidad penal", *Revista Jano* 1995.

ATAZ LOPEZ, J.: "Los médicos y la responsabilidad civil". Montecorbo, Madrid, 1985.

ATELA BILBAO, A.: "El deber de información en Ginecología y Traumatología. La historia clínica: sus efectos judiciales". En el Seminario "El futuro de la información al paciente" organizado por el Instituto de Fomento Sanitario. Madrid, 18 y 19 de junio de 1996.

AULLÓ CHAVES, M. y PELAYO PARDOS, S.: "La historia clínica. Responsabilidad legal del profesional sanitario". Asociación Española de Derecho Sanitario. Edicomplet. Madrid, 2000.

BAJO FERNÁNDEZ, M.: "La intervención médica contra la voluntad del paciente (a propósito del auto de la sala segunda del TS de 14 de marzo de 1979)", ADPCP, 1979.

- "Manual de Derecho Penal. PE. Delitos contra las personas, 2ª ed., Madrid, Ceura, 1987.
- "Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra las personas". Ed. Ceura, Madrid, 1ª Edición 1986, 2ª Edición 1992.
- "Compendio de Derecho Penal". Parte Especial. Vol I, Ed. Ceura, Madrid, 2003, (en colaboración con varios autores).

- "Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas" (Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal), Ed. Civitas – Thomson Reuters. Madrid, 2012 (en colaboración con Prof. Bernardo Feijoó Sánchez y Prof. Carlos Gómez-Jara Díez).
- "La desaparición de las faltas: Situación real de los profesionales sanitarios ante la jurisdicción penal". Taller de Trabajo sobre "Responsabilidad Penal de los Profesionales Sanitarios tras la reforma del Código Penal. XXII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 15 de octubre de 2015.

BELLO JANEIRO, D.: "Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria". Editorial Reus. 2013.

- "El Derecho a la intimidad y la privacidad y las Administraciones públicas". Bello Janeiro, D. y Heredero Higueras, M., Xunta de Galicia.
- "Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración". Editorial Reus. 2009.
- "Cuestiones actuales de responsabilidad civil (Derecho de años). Bello Janeiro, D. y otro. Octubre 2009.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: "La universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de salud pública: tardío e insuficiente cumplimiento del mandato ínsito en el artículo 43 de la Constitución". Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 9/2012

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "El consentimiento informado y capacidad del paciente para prestarlo válidamente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ADH, 2004-5, 11-124.

- "La autonomía del individual en el ámbito sanitario: el deber de información y el consentimiento informado como derechos del paciente en la nueva Ley 41/2002, de 14 de noviembre", TCJS, 2004, 227-298.

BLANCO CORDERO, I.: "Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica", Apen, 1997, 575-603.

BORRAJO DACRUZ, E.: "La Seguridad Social en la Constitución Española", en "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. García Enterría, Ed, Civitas, Madrid 1991.

BROGGI, M. A., SIMÓN LORDA, P., ROMEO CASABONA, C.M.: "Problemas prácticos del consentimiento informado". Cuadernos de la Fundación Victor Grifols i Lucas nº 5. Barcelona, 2002.

BUENO CAÑIGRAL, F. y NÁJERA MORRONDO, R.: (coord.) VV.AA. "Salud Pública y Sida". Ediciones Doyma. Madrid 2001.

CASAS SÁNCHEZ, J. D., RODRÍGUEZ ALBARRÁN, M.S.: "Manual de Medicina Legal y Forense". Colex. Madrid 2000.

CASTELLANO ARROYO, M.: "Información y Documentación Clínica". Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid 1997.

CERVILLA GARZÓN, M. D.: "Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica". Revista Actualidad Civil, nº 12. La Ley, marzo de 2003.

CLIMENT DURÁN, C.: "Tribunal Constitucional. Doctrina sistematizada en materia civil y penal. Aspectos sustantivo y procesal". Tomo I. Editorial General del Derecho, S. L.

COBREROS MENDAZONA, E.: "Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud" (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español) Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati. 1988.

CORBELLA I DUCH, J.: "¿Qué debe contener la historia clínica?" Comunicación al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 23, 24 y 25 de octubre de 1997, recogida en el Libro de Actas correspondiente editado por la Asociación Española de Derecho Sanitario y Fundación Mapfre Medicina. Madrid. 1988.

- "Responsabilidad Civil de los Centros Sanitarios". Editorial Atelier. 2008.
- "El derecho fundamental a la intimidad personal en el ámbito penitenciario". Revista Jurídica La Ley. Nº 4733.

CRIADO DEL RÍO, M. T.: "Aspectos médico legales de la historia clínica". Colex 1999.

CUETO PÉREZ, M.: "Responsabilidad de la Administración en la asistencia Sanitaria", Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DAVARA RODRÍGUEZ, M.A.: "El documento electrónico, informático y telemático y la firma electrónica". En Actualidad Informática. Aranzadi. Julio 1997.

- "Los principios de la protección de datos y los derechos de las personas en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal". En Actualidad Informática. Aranzadi. Enero 2000.
- "Manual de Derecho Informático". Aranzadi (3ª Edición) Septiembre 2001.

- "Aplicación en las Instituciones Sanitarias de la Ley de Protección de Datos. Su viabilidad y controversias". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

DE ANGEL YAGÜEZ, R.: "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario". En La Ley, nº 1647. 1987.

- "Responsabilidad Civil por Actos Médicos. Problemas de Prueba". Civitas. Madrid 1999.
- "Orientaciones generales en torno a la responsabilidad civil por actos médicos. En Derecho Médico". Tratado de Derecho Sanitario (Coord. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., y DE LORENZO Y MONTERO, R.). Tomo I. Colex y Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid 2001.
- "Obligaciones de Medios Vs. Obligaciones de Resultados". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

DE LORENZO Y MONTERO, R., PÉREZ PIQUERAS, J.: "El Consentimiento Informado en Patología Digestiva. Editores Médicos. Madrid, 1998.

DE LORENZO Y MONTERO, R., LÓPEZ TIMONEDA, F.: "La responsabilidad profesional en anestesiología y reanimación. Ediciones Doyma, 1999.

DE LORENZO Y MONTERO, R., SÁNCHEZ CARO, I.: "Consentimiento Informado en DE LORENZO Y MONTERO, R. (Coord.) Responsabilidad Legal del Profesional Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario. Edicomplet, Madrid, 2000.

DE LORENZO Y MONTERO, R., HERRERA RODRÍGUEZ, A.: "Manual de documentación sobre consentimiento informado en cirugía ortopédica y traumatología. Editores Médicos, S.A. 2002

DE LORENZO Y MONTERO, R.: "El Consentimiento Informado en Oncología Médica". Editores Médicos, S.A. Madrid, 2000.

- "Aspectos Jurídicos de las Píldora del Día Después". Guía de actuación de Anticoncepción de Emergencia. ÁLVAREZ, D.; ARRIBAS, L.; CABER, L.; LETE, I.; OLLÉ, C.; Pulso Ediciones 2002, Laboratorios Alcalá Farma, S.L. 2002.
- "Derechos y obligaciones de los pacientes". Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica. Editorial Colex, Madrid, 2003.

- "Protección de datos personales en el Derecho Sanitario. Repertorio de legislación, jurisprudencia y doctrina administrativa en el sector sanitario. Editorial Colex. Madrid, 2009
- "El Derecho en la objeción de conciencia". "Right of conscience ruel and the law". Anales de la Real Academia Nacional de Medicina. XXIII Sesión Científica. Madrid, 2009.
- "Marco legal de la sedación por no anestesiólogos". Sedación en Endoscopia Digestiva. Editores Médicos, S.A., Madrid, 2011.

DELGADO GARCÍA, J.: "La sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales. Aspectos penales". IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Fundación Mapfre Medicina. 1998.

DÍEZ-PICAZO, L.: "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", 2ª ed. Madrid, 1983.
- "Sistema de Derecho Civil", vol. 11, 7: ed., Tecnos, Madrid, 1995.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: "La disponibilidad de la salud e integridad personales", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.
- "El tratamiento jurídico de la eutanasia: Una perspectiva comparada", Valencia, 1996.
- "Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y voluntad", Comentarios al Código Penal. Parte Especial, tomo 1, Valencia, 1997.

DOLZ LAGO, M. J.: "Menores embarazadas y aborto: ¿quién decide?", Actualidad Penal, 1996.

DWORKIN, R.: "El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual", Ariel, Barcelona, 1994.

DYER, C.: "HIV infecto Haemophilliacs Settle", British Medical Journal, 1991.

EMALDI CIRIÓN, A.: "La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos", Revista La Ley, nº 5331, junio 2001.

EMALDI CIRION / MARTIN URANGA / MATA BARRANCO / ROMEO CASABONA: "Información y documentación clínica. Su tratamiento jurisprudencial", Madrid, 2000.

ENTRENA CUESTA, R.: "Curso de Derecho Administrativo", 12ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.

ESCRIHUELAS MORALES, E. J.: "Responsabilidad Sanitaria", Jano, noviembre 1986.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: "Derecho Civil español", V. III, Madrid, 1959.

- "Manual de Derecho Civil Español, III, Obligaciones y contratos", 5ª ed. Madrid, 1978.
- Libertad religiosa y protección de la salud en la transfusión de sangre. Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación número 26. 1996

ESPINOSA LABELLA, M.: "Las transfusiones de sangre a Testigos de Jehová: un conflicto entre el médico y el enfermo", Actualidad Penal, 1996.

EUSEBI, L.: "Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali", Revista italiana di medicina legale, 1995.

FADEN, R. R., y BEAUCHAMP, T. L.: "A History and Theory of informed Consent", Nueva York, Oxford University.

FARRERAS-ROZTMAN: "Principios de Medicina Interna". Harcourt Braze, España 2004.

FAUS DÁDER, M. J., FERNÁNDEZ LLIMÓS, F., MACHUCA GONZALEZ, M.: "Seguimiento farmacoterapéutico *Manual de farmacia clínica y atención farmacéutica*, Elsevier, Madrid, 2003.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "Eutanasia y disponibilidad de la propia vida", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.

- "Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)", Revista de Derecho penal y Criminología, 2000.
- "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas", Revista de Derecho Penal y Criminología, 2000.
- "Delitos contra la vida e integridad física". Revista Peruana de Ciencias Penales, nº 7/8.

FERNANDEZ COSTALES, J.: "La responsabilidad civil médica y hospitalaria". Madrid. La Ley. 1987.

- "El contrato de servicios médicos", Civitas, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, J.: "El consentimiento informado en productos farmacológicos", Valoración judicial de daños y perjuicios", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1999.

FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: "Responsabilidad civil médico-sanitaria",Aranzadi, Pamplona, 1984.

- "Responsabilidad Social del médico. La responsabilidad de los Médicos y Centros Hospitalarios frente a los Usuarios de la Salud Pública". Fundación de Ciencias de la Salud.

FERNÁNDEZ-LLIMÓS, F.: "Información sobre medicamentos proporcionada por la industria farmacéutica", *Manual de farmacia clínica y atención farmacéutica*, Elsevier, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: "El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional", Civitas, Madrid, 1984.

FERRÁNDIZ, S. y LÓPEZ, LL.: "La acreditación como sistema de control de calidad asistencial", Todo Hospital, 1985.

FIGUERA AYMERICH, A.: "El cirujano contra sus fantasmas. El miedo, la decisión y la denuncia". Instituto de España Real Academia de Medicina. Madrid. 1997.

FLETCHER, J.: Essays in Biomedical Ethics, New York, 1979.

FRAGA MANDIÁN / LAMAS MEILÁN: "El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)", Revista Xurídica Galega, 1989.

GALÁN CÁCERES, J. C.: "Medicina y responsabilidad legal. Medicina y Derecho, dos mundos en convergencia". Autoedición. Badajoz 2014.

GALLEGO RIESTRA, S., HINOJAL FONSECA, R., RODRIGUEZ GETINO, J.A.: "Los derechos de los pacientes: problemática médica". Revista de Medicina Clínica, nº 100, 1993.

GARCÍA ANDRADE, J. A.:"Reflexiones sobre la responsabilidad médica", Madrid, 1998.

GARCIA ALVAREZ, G.: "Presunción de falta y responsabilidad por la prestación de los servicios sanitarios".

- "La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos", Derecho Administrativo. Parte Especial, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA ARÁN: "La objeción de conciencia del médico en relación a la interrupción del embarazo", Tratado de Derecho Penal Español, Madrid, 1987.

GARCÍA BEATO, M. J.: "La Ley Orgánica 5/1992, de regulación de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal". Jornadas de Diario Médico: La responsabilidad civil y penal de los médicos.

GARCÍA BLAZQUEZ, M., y MOLINOS COBO, J.: "Manual práctico de responsabilidad y defensa en la profesión médica", Comares, Granada, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa", Anuario de Derecho Civil, tomo VIII, fascículo IV, 1955.

- "La Constitución como norma jurídica", *Constitución Española de 1978*, Civitas. Madrid, 1980.
- "Curso de Derecho Administrativo", Civitas, Madrid, 2002

GARCÍA GONZALEZ POSADA, J.: "Antecedentes del Sistema Sanitario", Astra Zeneca, Madrid ,2004.

GARCÍA HERNÁNDEZ, T., y MARZO MARTÍNEZ, B.: "La propiedad de la Historia Clínica", La Ley, octubre 1996.

GARCÍA HERRERA, M. A.: "La objeción de conciencia en materia de aborto", Departamento de Sanidad, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1991.

GARCÍA MURCIA, J., y CASTRO ARGÜELLES, M. A.: (Dirs.). "Legislación histórica de previsión social". Thomson/Aranzadi. 1ª Edición. 2009.

GARCÍA ONTOSO, R. M.: "Intimidad e informática: responsabilidades con respecto al reglamento de medidas de seguridad". Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid 1999. Edita Asociación Española de Derecho Sanitario y Fundación Mapfre Medicina. Madrid 2000.

- "Comentarios a la nueva Ley de Protección de Datos de Carácter Personal de 13 de diciembre de 1999". Actualidad Informática Aranzadi, n º34. Enero de 2000.

GARRIDO FALLA, F.: "Comentarios a la Constitución". 3ª Edición, CIVITAS. Madrid, 2001.

GARZA GARZA, R.: "La distorsión de la información médica, El papel de los avances tecnológicos médicos en la relación médico-paciente", Medicina y Ética, nº 3, 1995.

GARZÓN REAL, B.: "Responsabilidad civil. Negligencia profesional e imprudencia médico sanitaria", La Ley, 1987.

GERIN, C., y MERLIS, S.: "Medicina Legale e delle Assicurazioni", Societa Editrice Universo, Roma, 1987.

GISBERT CALABUIG, J. A.: "Medicina Legal y Toxicología", Salvat, 1991.

- "Manual de Bioética General", Rialp, Madrid, 1993.

GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "La configuración jurídica de los servicios médicos en homenaje al Dr. Serrano", V. 1, Valladolid, 1965.

GIUNT, A.: "Diritto di morire e Diritto penale. I termini di una relazione problematica", Rivista italiana di diritto e procedura penale, 1997

- "Consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche", Rivista Italiana di Diritto e procedura penale, 2001.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: "Causalidad, imputación y cualificación por el resultado", Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

- "Consideraciones sobre lo antijurídico, lo culpable y lo punible con ocasión de las conductas típicas realizadas por motivos de conciencia, en Ley y conciencia; moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho", *Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado*, 1993.

GÓMEZ PAVÓN, P.: "La intimidad como objeto de protección penal", Akal-Iure, Madrid, 1989.

- "La responsabilidad el médico por omisión", Revista del Poder Judicial, 1995.

GÓMEZ TOMILLO: "Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios". Tratado de Derecho Penal Español de C. Blanco Lozano, Bosch, 2005.

GONZÁLEZ MORÁN, L.: "La responsabilidad civil del médico", Bosch, Barcelona, 1990.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "Responsabilidad de la Administración por daños causados a terceros por el empresario de un servicio público", Revista de Derecho Administrativo y Fiscal, mayo-diciembre 1976.

GONZALEZ RIVAS, J. J.: "La Sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales, aspectos contencioso–administrativos, IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1997.

GRACIA GUILLÉN, D.: "Fundamentos de bioética", EUDEMA, Madrid, 1989.

- "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), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- "Los deberes éticos y la atención al paciente". Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid. 1996.

GRACIA MARTÍN, L.: "La comisión por omisión en el Derecho penal español", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994.

GUERRERO ZAPLANA, J.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración Especial referencia a la Administración sanitaria (I y II)", en La Ley Revista Jurídica Española de Doctrina Jurisprudencia y Bibliografía, Madrid, Año XX, núm. 5178.

- "La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria" (Director), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002.
- "Reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria", Editorial Colex, Madrid, 2004
- "El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia. Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas". Editorial Lex Nova. Valladolid 2004.
- "Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria: doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios, Lex Nova, 2006.

GONZÁLEZ CAJAL, J.: "Manual de Bioética Clínica Práctica". Fundación para el Desarrollo de la Enfermería. FUDEN. Madrid 1998.

- "La historia clínica como documento médico escrito de la relación usuario – sanitario: qué aspectos éticos y asistenciales deben contemplarse". Ponencia presentada en el II Encuentro sobre Responsabilidad Civil y Penal de los Médicos (Médica 98) Madrid, 21 y 22 de abril de 1998.

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ; CAMPELLO, C.: "Secreto Médico y confidencialidad en los datos personales del paciente. En La Responsabilidad Civil y Penal del Médico". Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Madrid 1999.

HERNÁNDEZ GIL, A.: "Causas más frecuentes de imprudencia y de denuncias por mala praxis médica. Medidas de prevención." Curso de Responsabilidad Legal del Médico. Novedades Legislativas de obligatoria aplicación. Actividades médicas más denunciadas. Organizado por el Colegio de Médicos de Jaén. Dirección y coordinación del mismo. Jaén, Junio, 2004.

- "Responsabilidad legal del médico. Prevención diagnóstico y tratamiento". Máster Line. División Editorial, 2006.

HERRERA RODRÍGUEZ, A., DE LORENZO Y MONTERO, R.: "Manual de Documentos sobre Consentimiento Informado en Cirugía Ortopédica y Traumatología". Editores Médicos, S. A. Madrid 2002.

JIMÉNEZ BLANCO, A.: "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la constitución. Lecturas de la Constitución Española". Libro homenaje al Profesor García de Enterría. Tomo II.

JIMENEZ, S., MARTINEZ, V., BELDA, E.: (Coord.). "Problemas actuales de la responsabilidad patrimonial sanitaria". Ed. Thomson Civitas. 2008.

JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M.: "El derecho a la salud en la Constitución Española". Apertura del IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario (publicado por Diariomedico.Com el 18 de octubre de 2002).

JORGE BARREIRO, A.: "El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)". En La Ley número 4038, de 17 de mayo de 1996.

LAFARGA, I. y TRAVER, J. L.: "La información sanitaria: análisis, valoración y propuestas". En Actas del Seminario Conjunto sobre Información y Documentación Clínica. Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo. Volumen II. Madrid. 1998.

LÓPEZ JACOISTE, J. J.: "La responsabilidad civil extracontractual", EURA, Madrid, 2010.

LÓPEZ PENA, I.: "Reflexiones en torno a los testamentos vitales". V Congreso de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario y Fundación Mapfre Medicina. Madrid, 1999.

LÓPEZ TIMONEDA, F.: "Jurisprudencia y Lex artis", en MARTÍNEZ MARTÍN (coord.), Responsabilidad del personal sanitario (actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los día 14, 15 y 16 de noviembre d e1994), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995.

LUCAS MORILLO DE LA CUEVA, P.: "La publicidad de los archivos judiciales y la confidencialidad de los datos sanitarios". VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid. Octubre de 2000. Fundación Mapfre Medicina. Madrid 2001.

LLEDÓ YAGÜE, F., MORILLAS CUEVA, L.: "Responsabilidad Médica, civil y penal por presunta mala práctica profesional" (El contenido reparador del consentimiento informado). 2012

MARTÍN – CASALLO LÓPEZ, J. J.: "Intimidad y Poder Judicial". Tribuna en el Diario El País. 1996.

- "Regulación básica de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica". Ponencia presentada en el IV Encuentro sobre Responsabilidad Sanitaria (Médica 2000). Madrid, 10 y 11 de mayo de 2000.
- "Derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos sanitarios en la LOPJ". Ponencia presentada al VII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid 2000. Recogida en el Libro de Actas editado por la Asociación Española de Derecho Sanitario y Fundación Mapfre Medicina. Madrid 2001.

MARTÍN PALLÍN, J A.: "Consentimiento, revelación de secretos, usurpación de funciones, negligencias médicas." Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid 1999. Recogida en el Libro de Actas editado por la Asociación Española de Derecho Sanitario y la Fundación Mapfre Medicina. Madrid 2000.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L., DE LORENZO Y MONTERO, R.: "Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario". Tomo I. Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tomo II. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Tomo III. Legislación. Colex. Madrid 2001.

- "Posibilidades de predicción de resultados en Odontología, basados en la evidencia científica y su incidencia jurídica. Evolución jurisprudencial". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

MARTÍNEZ–PEREDA, J. M.: "La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo", Apen, 1994, 283-291.

- "La responsabilidad civil y penal del anestesista", Granada, Comares, 1995.
- "La protección penal del secreto médico en el Derecho Español". Actualidad Penal nº 10. 4 – 10 de marzo de 1996.
- "La cirugía estética y su responsabilidad". Editorial Comares. Granada 1997.

- "La responsabilidad penal del médico y del sanitario (actualizada y adaptada al Código penal de 1995) 3ª ed., pról. Enrique Bacigalupo Zapater, Madrid, Colex, 1997.
- "La minoría madura". Ponencia al IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid 1997. Recogida en el Libro de Actas editado por la Asociación Española de Derecho Sanitario y la Fundación Mapfre Medicina. Madrid 1998.
- "La evolución normativa de la información sanitaria en el Derecho Español". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

MARTÍNEZ–PEREDA, J. M., DE LORENZO Y MONTERO, R.: "Los médicos y el nuevo Código Penal". Editores Médicos. Madrid, 1997.

- "El Médico y el Farmacéutico ante el Código Penal". Editores Médicos. Madrid, 2003.

MAZA MARTÍN, J. M.: "La evolución jurisprudencial del aseguramiento de la responsabilidad civil subsidiaria". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

MEDINA CASTELLANO, C. D.: "La protección de datos sanitarios. Recogida, acceso y comunicación de datos a la luz de la Ley Orgánica 15/1999 y de la Ley 41/2002". Comunicación Libre presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

MÉJICA GARCÍA, J.: "Responsabilidad civil, responsabilidad en cadena. Análisis de la actuación de los servicios de Urgencias", en Libro de Ponencias de I Congreso Astur-Cántabro de Medicina de Urgencias y Emergencias, Oviedo, 1998.

- *Dies a quo* para el cómputo del plazo de las reclamaciones por negligencias médicas. Una visión jurisprudencial", en Libro Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, vol II, editor Ramón Herrera Campos, Almería, 2000.
- "Bioética Práctica". Colex. Madrid, 2000.
- "Contagios transfusionales: un repertorio de cuestiones jurídicas y criterios jurisprudenciales", en LUÍS MARTÍNEZ CALCERRADA y RICARDO DE LORENZO Y MONTERO (coords.), Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario, t. I, II, III, Colex, Madrid, 2001.
- "La Historia Clínica. Estatuto Básico y Propuesta de Regulación". Edisofer, S.L. Madrid 2002.
- "Hacia un estatuto jurídico desarrollado de la historia clínica. La Ley nº 5638". Octubre de 2002.

- "El enfermo transparente. Futuro jurídico de la Historia Clínica Electrónica, Edisofer, Madrid, 2002.
- "La autonomía de las personas mayores en el ámbito sanitario". Comunicación presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.
- "El *Homo Esteticus* y la responsabilidad profesional del médico", Comunicación al XV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2008.

MÉJICA GARCÍA, J., BOBES GARCÍA, J.: "El Médico indefenso. En la Nueva Cultura de las Negligencias Médicas. (Didáctica de legalidad para la práctica clínica y la evitación de condenas judiciales). Fundación Juan Méjica, Oviedo, 2009.

MENDIZABAL ALLENDE, R.: "Dimensión constitucional del genoma humano y su incidencia en el derecho a la intimidad", Revista de Derecho y Genoma Humano, nº 2, 1995.

MENÉNDEZ REXACH, A.: "Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario", La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos, Gobierno de Navarra Departamento de Salud, Pamplona, 1995.

MERCADER UGUlNA, J. R.: "Las nuevas formas de gestión pública de la sanidad. Notas sobre el Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el INSALUD", Relaciones Laborales, tomo 11 de 1996.

MIR PUIGPELAT, O.: "La reforma del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la LRJPAC", Revista Jurídica de Catalunya, nº 4, 1999.
- "Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública", Revista Española de Derecho Administrativo nº 104, 1999.

MIR PUlG, S.: "Adiciones al Tratado de Derecho Penal de Jescheck", Barcelona, 1981.
- "Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente" Derecho Penal, Parte General, 6ª ed., Barcelona, 2002.

MOIUlAUX, J. C. : «La consolité entre l'evenement accidentl et l'etendue du dommage corporel réparable en Droit Commun», Revue Francaise del Dommage Corporel, 1985.

MOLINA DEL POZO, C.: "Aspectos sanitarios de las políticas de la Unión Europea", Noticias de la Unión Europea, nº 184/2000.

MONTERO, E.: «¿Hacia una legalización de la eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía», Revista La Ley, marzo 1999.

MONTORO CHINER, M. J.: "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", Revista Catalana de Derecho Público, 1993.

MONTOYA MELGAR, A., CÁMARA BOTÍA, A.: "Médicos al servicio de entidades sanitarías privadas". Tecnos. Madrid, 1991.

MONTOYA MELGAR, A.:

- "Dirección de Curso de Seguridad Social". Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho, 1998.
- "Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo". Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2004.
- "Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)", Aranzadi Social núm. 5, 2004 (BIB\2004\542).
- "Estatuto del trabajador autónomo. Comentario a la Ley 20/2007, de 11 de junio. Thomson/Civitas. Navarra, 2007.
- "Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias". Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 83, 2009.
- "El nuevo criterio técnico de la Inspección de Trabajo. Visión actual de las profesiones sanitarias". XVI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 2009; Aranzadi Social, núm. 1/2010, BIB 2010\567.
- "Cuestiones actuales de la jurisdicción en España". Tomo I y Tomo II. Dykinson, S.L., Madrid, 2010.
- "Comentarios al Estatuto de los Trabajadores". Ed. Thomson Aranzadi, 8ª Ed. 2010.
- "Derecho del Trabajo". 33ª edición. Tecnos. Madrid, 2012.
- "La asistencia sanitaria desde la perspectiva constitucional y supranacional", en Inmigrantes irregulares y prestaciones sociales y sanitarias. XXII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 15 de octubre de 2015.

MORALES PRATS, F.: "Eutanasia y Código Penal". V Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario y Fundación Mapfre Medicina. 1999.

MUNUERA MARTÍNEZ, L.: "Derecho a la información y práctica clínica". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

NOGUEROL RODRÍGUEZ, B.: "Posibilidades de predicción de resultados en Odontología basados en la evidencia científica". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

PALOMAR OLMEDA, A.: "Manual jurídico de la profesión médica". Editorial Dykinson. Madrid. 1998.

- "Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud". Ed. Thomson/Aranzadi. 2006.
- "Personal estatutario del Sistema Nacional de Salud". Ed. Thomson Civitas. 2006.
- "Comentarios a la Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud". Ed.Thomson Aranzadi.1ª Ed. 2006.
- Tratado de Derecho Sanitario. Thomson Reuters. Pamplona 2013

PALOMARES BAYO, M., LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERNA, J.: (COORD.). "El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital". Editorial Comares. Granada, 2002.

PANIZA FULLANA, A.: "Responsabilidad sanitaria y artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Reapertura del debate a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2004". Comunicación Libre presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción, Tecnos, Madrid, 1985.

- "El sistema de responsabilidad contractual", Actualidad del Derecho Civil, 1991.
- "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", Centenario del Código Civil, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991.
- "Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración", Madrid, Civitas, 1995.

- "Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente", Revista Española de Derecho Administrativo, 1996

PARADA VÁZQUEZ, R.: "Derecho Administrativo", M. Pons, Madrid, 1996.

PARDO GATO, J.R.: "La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos de desarrollo. Un antes y un después de la Sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE", La Ley, junio de 2003.

PARDO HERNANDEZ, A., PELAYO PARDOS, S., ALVAREZ PINTO, G., HERNANDEZ MANSO, J., CARENAS FERNANDEZ, M.J., GUIRAO GARCIA, A.: "Aproximación a la evaluación del consentimiento informado", Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1996.

PAREJO ALFONSO, L.: "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

- "Estudios sobre la Administración General del Estado. Seminario sobre el proyecto de Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado" Universidad Carlos III, Madrid, 1996.
- "Manual de Derecho Administrativo" Ariel, Barcelona, 1996.

PARODlI NIZZA: "La responsabilitil penale del personale medico e paramedico. Giurisprudenza sistematica di diritto penale, Torino, 1996.

PECES-BARBA, G.: "Escritos sobre derechos fundamentales", Eudema, Madrid 1988.

PEDREIRA ANDRADE, A.: "Rechazo del tratamiento, consentimiento y derecho a la información del paciente", Jano ,1990.

PELAYO PARDOS, S.: "El futuro del consentimiento informado tras las últimas resoluciones judiciales", Actualidad del Derecho Sanitario, n° 15, 1996.

- "La Imprudencia médica y el nuevo Código Penal". Revista Todo Hospital n° 142. diciembre 1997.

PEMÁN GAVÍN, J.: "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público", Documentación Administrativa, núm. 237-238 1994.

PENNEAU, J. : "Faute et erreur en matiere de responsabilité médicale ", Paris, 1973.

- "La responsabilité medicale ", Toulouse, 1977.

PÉREZ DEL BOSQUE, J.: "Presentación al Código de Deontología Médica". Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, Madrid, 1979.

PEREZ LUÑO, A. E.: "Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución", Tecnos, Madrid 1999.

PÉREZ ROYO, I.: "Curso de Derecho constitucional", 8: ed., Barcelona, 2002.

PÉREZ SERRANO, N.: "La Constitución Española de 1931". Revista de Derecho Privado. Madrid.

- "El proyecto de Constitución Portuguesa". Revista de Derecho Público. Madrid 1984.

PIZZORUSSO, A.: "Lezioni di diritto costituzionale". Edizioni de il foro italiano. 1981.

PLAZA PENADÉS: "El nuevo marco de la responsabilidad médica y Hospitalaria", Navarra, 2002.

PORTERO SÁNCHEZ, L.: "Eutanasia y objeción de conciencia", VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico, Valencia, 1992.

PORTILLA CONTRERAS. "Tratamiento dogmático penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de la víctima de la situación de riesgo", CPC 1991.

PRIETO SANCHEZ, L.: "Estudios sobre Derechos Fundamentales". Madrid, 1990.

PRINCIGALLI. "La responsabilita del médico", Napoli, 1983.

PUENTE ESCOBAR, A.: "La custodia del dato de salud". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

REQUERO IBÁÑEZ, J. J.: "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español. La Ley, 20 de junio de 2002"

- "El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones". Actualidad Administrativa, nº 31, semana 29 de julio a 4 de agosto de 2002.

RETUERTO BUADES, M.: "La terminación convencional de los procedimientos de responsabilidad profesional". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: "Incapacidad del paciente para recibir información y para prestar el consentimiento". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "La responsabilidad civil y penal en la actividad médica y quirúrgica", en LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA y RICARDO DE LORENZO Y MONTERO, Derecho Médico, Tratado de Derecho sanitario, tt. I, II, III, Colex, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V.: "Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias", Fundación Rafael Del Pino, Colección Derecho, 2012.

ROMEO CASABONA, C. M.: "El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1994.

- "Información y Documentación Clínica. Su tratamiento jurisprudencial (1990 – 1999)". Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid 2000.
- "El consentimiento informado en la relación entre el médico y el paciente: aspectos jurídicos. En Problemas prácticos del consentimiento informado". Fundación Victor Grifols i Lucas. Barcelona 2002.

ROMEO MALANDA, S.: "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario (I y II). La Ley, 16 y 17 de noviembre de 2000".

- "Un nuevo marco jurídico sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes" (I y II). Revista Jurídica La Ley. Números 5703 y 5704. Enero de 2003.
- "Derechos y deberes de los pacientes en la normativa autonómica". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

SANCHEZ CALERO: (Dir.) y otros. "Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre y sus modificaciones". Editorial Aranzadi, 3ª Edición. 2005.

SÁNCHEZ CARAZO, C.: "La intimidad y el secreto médico". Ediciones Díaz de Santos. Madrid, 2001.

SÁNCHEZ FIERRO, J.: "Libro Verde sobre la Dependencia en España". Grupo de Trabajo "Dependencia" de la Fundación Astra Zeneca . Ergon 2004.

- "Código Sanitario. Recopilación Legislativa del Derecho Sanitario Español". Fundación Astra Zéneca. Madrid 2004.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: "Sobre los límites de la responsabilidad civil de la Administración", en Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 7, octubre-diciembre de 1975.

SÁNCHEZ TORRES: "Ética médica y bioética", Ética y responsabilidad en medicina, Santa Fe de Bogotá, 1994.

SÁNCHEZ VERA Y GÓMEZ TRELLES : "Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte", Colección de Estudios nº 4, Universidad Externado de Colombia, 1995.

SANTACROCE: "Trasfusioni di sangue, somministrazione di emoderivati e consenso informato del paziente", en La Giustizia Penale, 1997.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: "Fundamentos de Derecho administrativo",Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988.

SANTOS BRIZ, J.: "La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español", R.D.P., 1984.

- "La responsabilidad civil, Derecho sustantivo y Derecho procesal", Montecorvo, Madrid, 1986.
- "La responsabilidad civil en la Constitución", Revista de Derecho de la Circulación, mayo-junio de 1989.

SAVATIER, J., AUBY y PEQUIGNOT: "Traité de droit medical", París, 1956.

SCHUPFER.: "El débito y la responsabilidad", Revista de Derecho Privado.

SEMINARA: "La eutanasia en Italia", Eutanasia y homicidio a petición: situación legislativa y perspectivas político-criminales, FDUG, 1987.

SEOANE PRADO, J.: "Modelo sanitario y derecho de la información". Jornadas de la Sociedad Española de Atención al Usuario de la Sanidad. Zaragoza, 1992.

- "Información clínica", Seminario conjunto sobre información y documentación clínica, 22 y 23 de septiembre de 1997, Madrid.

SERRANO RUIZ - CALDERÓN, J. M.: "Retos jurídicos de la Bioética. Ética y Sociedad". Madrid, 2006.

SIMÓN LORDA, P. y COUCHEIRO CARRO, L.: "El consentimiento informado: teoría y práctica Med. Clin. Barcelona, 1992.

- "El consentimiento informado: de la historia de las decisiones judiciales a la fundamentación ética", Jano, marzo 1995.

SINGER, P.: "Ética práctica", Ariel, Barcelona, 1984.

SKEGG: "Law, Ethic and Medicine", Oxford University Press, 1959.

SMITH, G.: "Medical discipline. The professional conduct jurisdiction of the General Medical Council, 1858-1990". Oxford: Clarendon Press, 1994.

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE GINECOLOGÍA Y OBSTETRÍCIA: "Aspectos jurídicos en el ejercicio de la Ginecología y la Obstetricia". SEGO. Madrid 2005

SOLA RECHE, HERNÁNDEZ PLASENCIA, ROMEO CASABONA: "La responsabilidad profesional del médico en el Derecho Español. Responsabilidad penal y civil de los profesionales", Universidad de la Laguna, 1993.

SOLA, C.: "Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto" Revista de Derecho y Genoma Humano, 1995.

SOTO NIETO, F.: "Responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad", Gobierno y Administración en la Constitución, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

- "La responsabilidad subsidiaria médica en el nuevo Código Penal", XI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid. 1996.
- "Responsabilidad penal derivada de la actividad médica", en LUÍS MARTÍNEZ CALCERRADA y RICARDO DE LORENZO Y MONTERO. Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario, tt. I, II, III, Colex, Madrid, 2001.

STANGELAND, P.: "Aspectos sociológicos de la eutanasia en España", El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Valencia, 1996.

STONE / WINSLADE: "Ayuda médica al suicidio y eutanasia en los Estados Unidos" El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada, Díez Ripollés; Muñoz Sánchez (coord.), Valencia, 1996.

STORTONI, L.: "Vivere: ¿diritto o dovere? Riflessioni sull'eutanasia. Reflessioni in tema di eutanasia", L'indice Penale, mayo-agosto, 2000.

TAPIA PARREÑO, J. J.: "La publicidad de medicamentos dirigida a profesionales: principios generales". Asociación para la autorregulación de la comunicación comercial, número 82, enero de 2004.

TAUPITZ, J.: "Revista de Derecho y Genoma Humano", nº 8, enero-junio 1998.

TERRIBAS I SALA, N.: "Últimas Voluntades y Testamento Vital en la normativa autonómica". Ponencia presentada al XI Congreso de la Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 28, 29 y 30 de octubre de 2004.

VEGA LÓPEZ, J.: "Intimidad del trabajador y tratamiento informatizado de diagnósticos médicos". El Derecho, Diario número 1270, 11 de octubre de 2000.

VERDÚ PASCUAL, F. A.: "El secreto profesional del médico, una carencia Constitucional". Tribuna en Diario Médico del 8 de noviembre de 2001.

VIANA CONDE, A., DE GAS FOJON, A.: "El consentimiento informado del enfermo." La Ley, 1996.

VICENTE DOMINGO, E.: "Los Daños Corporales: Tipología y Valoración". Bosch, 1.994.

VICENTIS, G. y ZANGANI, P.: "Metodología generale dell'accertamento tecnico della responsabilita professonale dell'ambito delle discipline medicochirurgiche", Milano, 1970.

VILLAR ROJAS, F. J.: "La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites", Praxis, Barcelona, 1996.

VV.AA.: "Los trabajadores de las Administraciones Públicas", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 93, Madrid, 2011.

XIOL RÍOS, J. A.: "Las institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales". Revista de Administración Sanitaria nº 57 – 2004, pp. 579 a 597.

YUNGANO; LÓPEZ BOLADO; POGGI; BRUNO: "Responsabilidad profesional de los médicos", Buenos Aires, 1986.

ZARRANZ, J. J.: "Confusión sobre la muerte y su diagnóstico", Jano, 1996.