



**Universidad Internacional de La Rioja  
Máster en el ejercicio de la abogacía**

---

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA  
Y SEGURO PROFESIONAL SANITARIO**

---

TFM presentado por: Luis Romero Garro

Titulación: Máster universitario en el ejercicio de la abogacía

Área jurídica: Responsabilidad Civil

Director: Óscar Santaella Sáez

Madrid

5-12-2018

---

## ÍNDICE

	Pág.
Resumen / Abstract.....	5
Introducción .....	6

### PRIMERA PARTE. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

<b>I. CONCEPTOS PREVIOS .....</b>	<b>8</b>
I.1. La responsabilidad en la profesión médica .....	8
I.2. Responsabilidad penal y responsabilidad civil .....	9
I.3. La normativa de responsabilidad civil .....	12
I.4. Responsabilidad contractual y extracontractual .....	14
<b>II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES MÉDICO-PACIENTE .....</b>	<b>19</b>
II.1. Tipología de relación médico-paciente .....	19
II.1.1. Asistencia médica espontánea .....	19
II.1.2. Contrato entre paciente y médico .....	20
II.1.3. Contrato entre paciente y centro sanitario .....	22
II.1.4. Contrato entre paciente y seguro médico .....	23
II.1.5. Asistencia al afiliado a la Seguridad Social .....	24
II.2. Consecuencias de la distinción .....	25
II.2.1. La prescripción de las acciones .....	25
II.2.2. La calificación de las acciones .....	27
<b>III. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....</b>	<b>28</b>
III.1. La acción u omisión .....	28
III.1.1. Concepto .....	28
III.1.2. Supuestos genéricos de responsabilidad contractual .....	29
III.1.3. La diligencia como criterio delimitador .....	32
III.1.4. Obligaciones de resultado y obligaciones de medios .....	33
III.2. El daño efectivo .....	35
III.2.1. La aparición del daño .....	35
III.2.2. El alcance del daño .....	38
III.3. El nexo de causalidad .....	41
<b>IV. LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD .....</b>	<b>42</b>
IV.1. Factores subjetivos de atribución .....	42
IV.2. Factores objetivos de atribución .....	43
IV.3. La responsabilidad por el hecho ajeno .....	47

---

## SEGUNDA PARTE. EL SEGURO PROFESIONAL SANITARIO

I. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SEGURO PROFESIONAL.....	48
II. LA OBLIGATORIEDAD DE LA COBERTURA .....	50
II.1. El artículo 46 de la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias .....	50
II.2. La legislación autonómica .....	52
II.3. La efectividad de la obligatoriedad .....	54
III. LA ACCIÓN DIRECTA .....	55
III.1. Objeciones y excepciones .....	56
III.2. La inoponibilidad del dolo .....	57
IV. ELEMENTOS DEL CONTRATO .....	59
IV.1. Elementos personales .....	59
IV.2. Elementos reales .....	62
IV.3. Elementos temporales .....	63
V. LA RECLAMACIÓN .....	64
V.1. La comunicación del siniestro .....	64
V.2. La obligación de investigar el siniestro .....	67
V.3. Consecuencias de la inacción .....	68
Conclusiones .....	71
Bibliografía .....	76
Fuentes jurídicas utilizadas .....	78

## Abreviaturas y siglas

ADC	Anuario de Derecho Civil
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CCAA	Comunidades Autónomas
Ed.	Editorial
LAP	Ley de Autonomía del Paciente
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LOPS	Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico de Sector Público
pg./pgs.	página/páginas
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RD	Real Decreto
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TR	Texto Refundido
TS	Tribunal Supremo
ss.	Siguientes

**Resumen / Abstract****RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SEGURO PROFESIONAL SANITARIO**

Este trabajo ésta dividido en dos partes.

En la primera, estudiaremos qué es la responsabilidad médica, sus tipos, normativa reguladora y naturaleza jurídica de las relaciones médico-paciente. Analizaremos los requisitos de la responsabilidad civil (acción u omisión, daño efectivo y nexo causal), así como los criterios de atribución al propio causante del daño (negligencia, dolo, lex artis y consentimiento informado) o a otro que responda por él.

En la segunda parte, veremos lo que conlleva concertar un seguro de responsabilidad civil médica y si es obligatorio o no hacerlo. Seguiremos con la acción directa del perjudicado contra la aseguradora y las objeciones y excepciones a esta regla. También distinguiremos los elementos del seguro de responsabilidad civil médica., para finalizar con los pormenores de la comunicación de un siniestro a la aseguradora, la obligación de ésta de investigarlo y las posibles consecuencias de su inacción, tanto pecuniarias como procesales.

**Descriptores:** responsabilidad médica; daños; lex artis; seguro médico; acción directa.

**MEDICAL CIVIL LIABILITY AND PROFESSIONAL HEALTH INSURANCE**

This work is divided into two parts.

In the first one, we will study what medical liability is, its types, regulatory rules and legal nature of doctor-patient relationships. We will analyze the requirements of civil liability (action or omission, effective damage and causal link), as well as the criteria for attribution to the one causing the damage (negligence, fraud, lex artis and informed consent) or to another respondent for it.

In the second part, we will see what it takes to arrange medical liability insurance and whether it is mandatory or not. We will continue with the direct action of the injured against the insurer and the objections and exceptions to this rule. We will also distinguish the elements of medical liability insurance, to end with the details of the communication of a claim to the insurer, the obligation of the insurer to investigate it and the possible consequences of its inaction, both pecuniary and procedural.

**Key words:** medical liability; damages; lex artis; health insurance; direct action.

## Introducción

Apreciado lector,

*"De mi abuelo Vero: el buen carácter y la serenidad"*. De mi padre: el amor por la medicina.

Desde que tengo uso de razón he tenido interés por todo lo que rodea a la profesión médica, ésa mediante la que mi padre ha hecho tanto bien a tanta gente durante muchos años. Es ésta una ocasión especial de poder acercarme humildemente, a través de los estudios jurídicos, no sólo a esta profesión, sino también a mis propios orígenes.

Como podrás comprobar, el presente trabajo tiene un doble objetivo, en directa correlación con las dos partes en las que se divide su desarrollo.

En la primera parte, hemos pretendido establecer unos fundamentos de responsabilidad civil médica, con la intención de ir desgranando, desde un punto de vista técnico, cada uno de los elementos que ocasionan dicha responsabilidad. De esta forma, trataremos de analizar: el acto o la omisión médica, por un lado; el daño efectivamente producido, por el otro; y, finalmente, el nexo de causalidad entre ambos, que irá ligado necesariamente a una atribución de responsabilidad al profesional o a quien deba responder por él en su lugar. Consecuentemente, buscamos desterrar el tan extendido reduccionismo de que la responsabilidad surge sólo por la existencia de daño, o sólo por un acto negligente. Ni lo uno ni lo otro: todos los elementos han de concurrir conjuntamente pues, en el fondo, no son comportamientos estancos, sino partes de un mismo todo.

En la segunda parte del trabajo pretendemos ahondar en la cobertura del acto médico, necesaria para hacer frente a la responsabilidad que éste pueda ocasionar. Concretamente, hemos tratado de ofrecer una visión general y lo más actualizada posible en materia de seguros de los profesionales sanitarios, haciendo especial hincapié en el complejo panorama legislativo. Igualmente, el objetivo ha sido el subrayar la problemática de la puesta en marcha del mecanismo de la responsabilidad civil por el perjudicado, algo más complicado en la práctica de lo que las leyes o los manuales teóricos acostumbran a contemplar.

---

El enfoque que hemos empleado en este trabajo es de carácter lógico, por campos o categorías de análisis. Bien pudiera haberse seguido un orden cronológico, que fuera desde la concertación de un seguro de responsabilidad civil por el profesional, pasando por la prestación del consentimiento del paciente, la aparición de la responsabilidad y la comunicación del siniestro, hasta llegar en último lugar al ejercicio tempestivo de la correspondiente acción civil o criminal. Sin embargo, hemos optado por el orden lógico porque lo hemos creído más acorde a un trabajo de orden académico.

A pesar de nuestra falta de experiencia, hemos querido ser ambiciosos en la empresa, tratando de alumbrar, a la vez, un texto teórico y práctico, riguroso y ameno y, finalmente, que aporte, tanto al profesional como al paciente, la tranquilidad de conocer que el jurista busca acercarse de la manera más ecuánime posible a uno de los múltiples aspectos de la relación que les une. De tu valoración depende saber si lo hemos conseguido felizmente.

En cualquier caso, siempre nos quedará la satisfacción del esfuerzo realizado, que ha sido mucho pues, siendo regladamente limitado el tiempo que se concede para realizar un trabajo de este tipo, he tenido que conjugarlo, a la vez, con el desempeño de mi profesión y con la dedicación a mi familia. Es por ello que, finalmente, quiero agradecer a mi mujer, Ana, el profundo apoyo que me ha brindado durante estos dos maratonianos meses, y a mis dos pequeños hijos, Luis y Marta, el que hayan parado de llorar por las noches para que su padre pudiera terminar a tiempo este trabajo. Espero que algún día puedan llegar a ver en su padre algún atisbo de lo que yo pude admirar en el mío.

## PRIMERA PARTE. LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

### I. CONCEPTOS PREVIOS

#### I.1. La responsabilidad en la profesión médica

La actuación médica, como cualquier otra actuación profesional, no está exenta de responsabilidad. Incluso podría decirse que tiene una gran responsabilidad pues, por sus particulares características puede violentar la integridad física de las personas, aunque sea con nobles fines curativos.

Y es que aunque ya en el año 500 a.C. Hipócrates jurase "*por Apolo médico, por Asclepio, Higía y Panacea*" apartar de los enfermos todo daño e injusticia<sup>1</sup>, lo cierto es que, en ocasiones, la intervención sobre el cuerpo y la salud de los pacientes puede llegar a producirles descalabros que no siempre están justificados.

Así las cosas, el actual Código de Deontología Médica de 2011, de la Organización Médica Colegial de España, señala prudentemente entre sus principios generales (artículo 5.4) que "*el médico jamás perjudicará intencionadamente al paciente*", más consciente quizá del riesgo que entraña esta actividad.

A lo largo de esta primera parte trataremos de delimitar cuándo el paciente de la relación médica debe cargar, como su propio nombre indica, pacientemente, con los daños que se le produzcan en dicha relación y cuándo deben hacerse responsables de estos daños los profesionales o entidades que los causaron. Empecemos por adentrarnos, en una primera aproximación, a los fallos médicos.

Qué duda cabe que no todo fallo médico pone en funcionamiento el mecanismo de la responsabilidad. Con carácter general podríamos hablar de tres tipos de fallos:

En primer lugar, estarían aquellos descuidos o faltas ligeras, que son aceptadas por la sociedad como tolerables, no ocasionando responsabilidad alguna. Se trataría de los normales inconvenientes que cualquier relación jurídica, médica o de otro tipo, puede ocasionar entre las partes, pero que no tienen entidad suficiente para ser calificados de daños.

---

<sup>1</sup> Juramento actualizado por la Asociación Médica Mundial mediante Asamblea General celebrada en Ginebra en 1948 y revisado en varias ocasiones. La última en Asamblea General celebrada en Chicago en 2017. Nótese que Asclepio (Esculapio para los romanos), era el dios griego de la Medicina, que su hija Higía era símbolo de prevención (o higiene) y que su otra hija, Panacea, era símbolo de curación.

En la profesión médica hay, como en cualquier otro ámbito, buenos y no tan buenos profesionales, más eficaces o menos. Querer responsabilizar a cada uno de todas las ligerezas que cometa es, además de injusto, irrealizable. Así, podemos ver que están socialmente admitidas determinadas irregularidades, tanto del sistema en general (por ejemplo, tener que sufrir una larga espera para ser atendido) como del propio personal sanitario (por ejemplo, tener que sufrir varios pinchazos antes de tomar una vía).

En segundo lugar, estarían aquellos fallos que, como los anteriores, tampoco causan daño alguno, pero socialmente se entiende que no tienen por qué tolerarse. Son fallos más o menos negligentes que hacen que el paciente pierda la necesaria confianza que debe tener en un profesional en cuyas manos pone su salud. Aunque no ocasionan responsabilidad sí comprometen seriamente, en el ámbito de la medicina privada, los honorarios que el profesional hubiera convenido con el paciente. Así, si el paciente hace más de un año que pagó un blanqueamiento dental y éste aun no se le ha realizado, es lógico que pida que se le devuelva el dinero.

En tercer lugar, nos encontramos con aquellas actuaciones negligentes que inequívocamente han podido causar un daño evidente en el paciente. Éste sería el tipo de fallo que podría originar responsabilidades en un profesional médico, si se cumplen una serie de factores que a continuación analizaremos. Digo responsabilidades porque el profesional médico, potencialmente hablando, podría tener que afrontar tanto responsabilidad penal por su negligencia como responsabilidad civil por el daño causado.

Pasemos a analizar las implicaciones que tienen una y otra responsabilidad.

## **I.2. Responsabilidad penal y responsabilidad civil**

La responsabilidad es una figura jurídica que impone a una persona el deber de hacerse cargo del daño causado a otra, ya directamente en su persona, ya en sus bienes, ya en general en su esfera jurídica. Este deber puede concretarse en dos tipos de obligaciones distintas, las cuales son compatibles entre sí.

Por un lado, si la conducta del causante del daño estuviera ausente de toda justificación y, además, estuviera tipificada como delito o falta (que le fuera imputable según el grado de voluntariedad que hubiera empleado), dicho causante del daño sería merecedor de una pena (privación de libertad, multa, etc.). Hablamos entonces de responsabilidad penal o criminal.

Por otro lado, el causante de un daño, con independencia de si fuere o no también responsable penal, tiene que indemnizar a quien haya sufrido dicho daño, esto es, debe dejarle "indemne",

tal que se restituya el equilibrio patrimonial que con su actuación hubiera quebrado. Hablamos entonces de responsabilidad civil.

Ambas especies de responsabilidad tienen naturaleza de verdaderas obligaciones (vínculos jurídicos entre un deudor y un acreedor)<sup>2</sup>. La responsabilidad penal nos obliga a ser castigados frente a la sociedad por los delitos o faltas que nos sean imputables, mientras que la responsabilidad civil nos obliga a compensar a otra persona por el daño que le causemos, provenga éste o no de delito o falta<sup>3</sup>.

Ahora bien, sentado su nexo común, encontramos en estas figuras una diferente función.

Por un lado, la responsabilidad penal tiene una función punitiva, de castigo. Esta circunstancia le otorga un carácter personalísimo. Piénsese, en la pena de prisión o de multa que podría conllevar (según el tipo de lesión causada) el delito de imprudencia grave del artículo 152 del Código Penal (en adelante CP), para un cirujano que opera en estado de embriaguez.

El tratarse de una responsabilidad personalísima conlleva, con carácter general: que pueda decretarse incluso contra la voluntad de la propia víctima; que otra persona no pueda responder por el delito en lugar del que lo cometió; que no se pueda vender o transmitir a otra persona la pena o castigo a que la ley obliga; que no hay seguro que pueda cubrir la responsabilidad penal<sup>4</sup> y, finalmente, que se extingue con la muerte del obligado sin que se pueda transmitir a sus herederos.

Por otro lado, la responsabilidad civil tiene una función compensatoria, de resarcir por el desequilibrio causado. Esta circunstancia le otorga un carácter más bien patrimonial. Piénsese, por ejemplo, en lo que puede suponer para la víctima del ejemplo anterior la pérdida de un órgano sano. Así las cosas, la responsabilidad civil será una indemnización que dependerá de la entidad del daño causado según, entre otras, las implicaciones fisiológicas, físicas, psicológicas o laborales que le supongan al dañado.

El tratarse de una responsabilidad de índole patrimonial se refleja, con carácter general, en que ha de pedirse expresamente por el perjudicado para que se conceda; en la posibilidad de responder civilmente por el hecho ajeno; en la posibilidad de ser objeto de contrato de seguro y, finalmente, en su transmisibilidad mortis causa. Incluso en caso de concurrir con la responsabilidad penal, el perjudicado puede evitar que el juez que se pronuncie sobre ésta

<sup>2</sup> En Derecho Romano clásico, la Lex Poetalia Papiria del 326 a.C. estableció definitivamente la "*obligatio*" como un "*vinculum iuris*" entre deudor y acreedor, dejando de ser una situación de cautividad o vínculo personal del que se respondía con la vida.

<sup>3</sup> Que la responsabilidad civil dependa de la entidad del daño causado y no de la gravedad de la conducta dañosa la diferencia también de la figura del enriquecimiento injusto pues ésta atiende fundamentalmente al ejercicio indebido de un derecho ajeno, haya o no causado daño alguno en la esfera jurídica de su titular.

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión en particular nos detendremos en la segunda parte del trabajo.

tenga también que hacerlo sobre la civil renunciando expresamente a ésta o reservándose su ejercicio para un procedimiento civil posterior (artículos 109.2 CP y 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en adelante LECrime).

La consecuencia de esta diferente función es que ambas responsabilidades son independientes y compatibles entre sí, pues la penal no requiere la concurrencia de daño, ni la civil la concurrencia de delito o falta.

Así las cosas, habrá ocasiones como la del ejemplo que hemos seguido antes, en las que el cirujano ebrio que lesionó al paciente al que estaba operando tendrá que afrontar las dos responsabilidades: penal (por el delito) y civil (por el daño causado). A esta última se la conoce como "*responsabilidad civil derivada del delito*". Se trata de una terminología impropia, pues no deriva del delito, sino que deriva del daño causado.

Sin embargo, habrá otras ocasiones en que la víctima de un delito no haya sufrido daño alguno. Piénsese, por ejemplo, en los delitos en grado de tentativa. En estos casos quien cometió el delito tendrá que afrontar por ello su responsabilidad penal, pero no tendrá responsabilidad civil alguna.

Y en tercer lugar habrá otras ocasiones, las más frecuentes, en que un profesional médico haya causado un daño a un paciente sin haber cometido ni delito ni falta de ninguna clase. No habrá responsabilidad penal alguna, pero al haber producido un daño, sí que tendrá que afrontar la correspondiente responsabilidad civil. A esta última se la conoce, también de manera impropia, como "*responsabilidad civil pura*", por no ir asociada a delito alguno.

El corolario de toda esta distinción es que, tratándose de figuras con diferente función, su regulación corresponde a normas diferentes.

La responsabilidad penal, como puede suponerse, se regula en el Código Penal<sup>5</sup>. Concretamente, la responsabilidad penal médica, por las especiales características de su ejercicio, incidirá más propiamente en los primeros delitos del Código: artículo 142 (homicidio imprudente), artículo 143 (inducción al suicidio), artículos 144 a 146 (producción de aborto), artículos 147 a 156 (lesiones), artículos 157 y 158 (lesiones al feto) o artículos 159 a 162 (manipulación genética), sin perjuicio de que, como en cualquier otra profesión, puedan darse casos más impropios en la relación con los pacientes (estafa, delitos sexuales, etc.). El estudio de la responsabilidad penal médica excede del ámbito del presente trabajo.

¿Y la responsabilidad civil en qué norma se regula? Pasemos a desentrañar esta cuestión.

<sup>5</sup> Recordemos muy someramente los especiales caracteres del CP, consecuencia de regular castigos: tiene que ser Ley Orgánica (con el mayor consenso parlamentario que eso supone), la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9 de la Constitución Española), etc.

### I.3. La normativa de responsabilidad civil

Hemos de remontarnos al siglo XIX, cuando la Constitución de 1812 ordenó en su archiconocido artículo 258 que los Códigos civil, criminal y de comercio fueran unos mismos para toda la monarquía, lo que supuso el arranque de la Codificación.

Como explica DÍAZ ALABART<sup>6</sup>, promulgado el primer Código Penal español (1822) pasaban los años sin que se promulgase Código Civil alguno, pues el debate se había encasquillado en la denominada "cuestión foral".

El legislador penal decidió en 1848 introducir en el Código Penal la responsabilidad civil que se originaba cuando un delito o falta ocasionaba daño en el patrimonio ajeno, esto es, la mencionada "*responsabilidad civil derivada del delito*", estableciendo una división carente de sentido entre la responsabilidad civil. Con ello quería evitar que esta responsabilidad se siguiese rigiendo por las antiguas acciones de Derecho Romano. Todo ello sin perjuicio de que cuando se aprobase el Código Civil éste asumiese la regulación, pues así parecía lo coherente con su propia denominación: responsabilidad civil.

Sin embargo, cuando por fin llegó el Código Civil de 1889 (en adelante CC), el art. 1089 señalaba que las obligaciones podían nacer, entre otras fuentes, de "*los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*."

Más allá del debate sobre la interpretación de las categorías del jurisconsulto Gayo que dio con esta clasificación de las fuentes de las obligaciones, el que el artículo distinguiese entre "*los actos y omisiones ilícitos*" por un lado y aquellos "*en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*" por otro lado, ya enunciaba las intenciones de mantener separadas a la responsabilidades civiles pura y derivada del delito, como si la responsabilidad civil tuviese distinta naturaleza en uno u otro caso, cuando su razón de ser en ambos es, como hemos recordado anteriormente, la existencia de un daño.

Y la confirmación venía con el artículo 1092, que para la "*responsabilidad civil derivada del delito*" remite a las disposiciones del Código Penal (concretamente a los artículos 109 y ss. del mismo) y con el artículo 1093, que para la "*responsabilidad civil pura*" remite sin embargo a los artículos 1902 y siguientes del propio Código.

Así pues, la responsabilidad civil quedó dividida entre dos textos normativos, Código Penal y Código Civil, según vaya asociada o no a delito o falta, cuando en la práctica, antes de que

<sup>6</sup> DÍAZ ALABART (1987: 798 y ss.).

sobre un acto recaiga sentencia condenatoria no sabemos todavía si es delito o no y, sin embargo, nada impide interponer demanda por la responsabilidad civil que haya podido ocasionar, pues por mucho que se quiera obviar, la responsabilidad civil proviene del daño y no de la naturaleza del acto que la ha originado, sea éste ilícito o lícito.

Como muestra de las implicaciones de uno y otro régimen: la responsabilidad civil del empresario por el hecho de los dependientes es subsidiaria en el Código Penal (artículo 120.4º) y directa en el Código Civil (artículo 1903 pº 4).

Durante el siglo XX, la regulación se seguía manteniendo en estos dos textos. Y ello con independencia de que el profesional médico que prestara los servicios lo hiciese en régimen de actividad privada o como instrumento del sistema de la Seguridad Social, esto es, como actividad pública. En este último caso, se entendía que en el ámbito médico la Administración actuaba como un sujeto privado. Así lo entendió la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957. Sin embargo, a la Ley 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se le introdujo en 1999 un régimen especial de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Esta régimen ha sido heredado por la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).

En primer lugar, el artículo 32.1 de esta ley establece la obligación de cada Administración de indemnizar a los particulares de cualquier lesión que sufran "*consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*"<sup>7</sup>. Así pues, ante los daños causados a particulares por la Sanidad Pública, se estableció una responsabilidad civil directa de la Administración regulada en los artículos 32 y ss. de la mencionada ley.

En segundo lugar, queda la duda del régimen jurídico a aplicar si los responsables de los daños son conjuntamente una Administración Pública y el facultativo que trabaja para ella. En el artículo 35 de esta ley se responde a esta cuestión tal que, ya actúe de forma directa, ya lo haga a través de entidades de derecho privado, la Administración será igualmente responsable de los daños que cause conforme al régimen de esta ley. Y ello "*incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad*". Por tanto, para todos los casos en los que el daño se cause directa o indirectamente por una Administración, el régimen es el de los artículos 32 y ss. LRJSP.

<sup>7</sup> El artículo señala como excepción aquellos casos de "*fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*".

Por último, sólo cuando la actuación del profesional sea constitutiva de delito o falta se le puede demandar directamente a él, respondiendo la Administración entonces de forma subsidiaria, en coherencia con el artículo 121 CP. En este caso, la responsabilidad civil se regiría por los artículos 109 y ss. CP, ya se sustancie el procedimiento en el orden penal o, dado que su artículo 109.2 admite la reserva de la acción para hacer efectiva esta responsabilidad, ya el demandante prefiera sustanciarla ante los tribunales civiles.

De todas formas, dada la cantidad de demandas que se interponen en el ámbito de la medicina privada, se hace necesario plantearnos un ámbito de responsabilidad civil distinto de si el daño surge o no de un delito o falta por parte del causante, a saber: si el daño surge o no de la ejecución de un contrato entre el causante del daño y el dañado

#### **I.4. Responsabilidad civil contractual y extracontractual**

El artículo 1089 CC establece cuatro fuentes o motivos por los cuales pueden surgir las obligaciones entre las personas: en primer lugar, pueden surgir de la ley; en segundo lugar, pueden provenir de los contratos y cuasicontratos; en tercer lugar, de los actos y omisiones ilícitos (la llamada *responsabilidad civil derivada del delito*); y, en último término, de cualquier acto u omisión que, sin ser ilícitos, se hayan realizado interviniendo en su autor cualquier género de culpa o negligencia (la llamada *responsabilidad civil pura*).

Más allá del debate sobre la procedencia o no de estas cuatro fuentes de obligaciones, la cuestión es si los contratos también podrían dar lugar a una responsabilidad civil distinta de las analizadas. Lo cierto es que sí pues, ya se cumpla o no un contrato, en su ejecución pueden producirse daños a una de las partes. Y si éstas tienen entre ellas una relación más estrecha que la que puede unir a dos personas por un accidente, lo lógico es que los daños que puedan producirse mutuamente tengan en consecuencia un tratamiento especial.

Así las cosas, por la especialidad del ámbito en el que surge esta responsabilidad civil, se la conoce con el adjetivo de "*contractual*". Por contra, los otros tipos de responsabilidad civil (la *pura* y la *derivada del delito*) surgirían de cualquier otro tipo de contexto que no fuese el contractual, o lo que es lo mismo, serían de tipo "*extracontractual*".

Se entiende por responsabilidad civil contractual la obligación de uno de los contratantes de indemnizar al otro del daño concreto que le haya causado al ejecutar el contrato, más allá de los normales inconvenientes que la relación haya podido también ocasionarle. A ella se refiere el artículo 1101 CC, que sujeta a indemnización por los daños causados a "*los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de*

*cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".*

El contrato que medie entre responsable y dañado debe ser válido, pues de no serlo no habrían nacido las respectivas obligaciones y, con independencia de lo dispuesto en los artículos 1300 y ss. CC, sus consecuencias dañosas serían de tipo extracontractual<sup>8</sup>. En este sentido recordemos que, aunque debilitado en muchos campos de la moderna contratación, sigue vigente el principio general de libertad en cuanto a la forma que han de tener los contratos. Así pues, y sobre todo para el ámbito de la medicina satisfactiva, hay que precisar que la aceptación por un paciente del presupuesto que le ha ofrecido una clínica o un facultativo es una forma válida de contrato<sup>9</sup>.

Por otro lado, se entiende por responsabilidad civil extracontractual<sup>10</sup> la obligación que tiene una persona de indemnizar el daño que produzca a otra cuando entre ellas no media relación contractual alguna en cuyo ámbito hubiera podido producirse dicho daño tal que, aunque no haya incumplimiento contractual, sí lo hay del deber general de no dañar a los demás consagrado en el célebre principio de "*alterum non laedere*". A ella se refiere el artículo 1902 CC: "*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*".

Sentadas estas bases teóricas, hay que prevenir que actualmente la distinción ha perdido parte de su vigor por varios motivos, que exponemos a continuación:

a) La ambigua terminología usada en la práctica

A menudo suele hablarse de responsabilidad civil, a secas, para referirse a la extracontractual. Sería, digamos, la responsabilidad civil por antonomasia<sup>11</sup>. Incluso algunos autores hablan de *Derecho de daños*<sup>12</sup>, cuando puede haber también daños en sede contractual.

Al mismo tiempo, en vez de hablarse propiamente de responsabilidad civil contractual, el lenguaje usado por muchos parece deslizarse hacia lo que sería el terreno del simple incumplimiento contractual, cuando una cosa es si se cumple o no un contrato y otra diferente es si en la ejecución del mismo se han producido o no daños a una de las partes.

<sup>8</sup> Si bien, en este supuesto, habría que plantearse si el plazo de reclamación de la responsabilidad se cuenta desde que el dañado tuvo conocimiento de la producción del daño o desde que tuvo conocimiento de la nulidad o de la anulabilidad del contrato que le unía al causante de dicho daño.

<sup>9</sup> E incluso más allá, hay sentencias que admiten "relaciones jurídicas análogas" a las contractuales. Así las Sentencias del TS de 26 de enero y de 9 de julio de 1984.

<sup>10</sup> La doctrina también la llama "*responsabilidad aquiliana*", en memoria de la primera ley que la contempló: la *Lex Aquilia de damno* del año 408 a.C.

<sup>11</sup> Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ (1993) soslaya la distinción ya desde el título de su obra.

<sup>12</sup> Así, SANTOS BRIZ (1963) tituló su obra tratando de ver una similitud con el *Law on torts* del Derecho anglosajón, que lo contrapone a su *Law on contracts*.

Sin embargo hay que recordar que, cuando media una relación contractual entre dos partes, si una produce a la otra un daño específico, no estamos hablando de meros inconvenientes contractuales que han de soportarse estoicamente por el dañado, sino de un verdadero perjuicio antijurídico que da lugar a una obligación de indemnizar que es tan responsabilidad civil como la contemplada por ese ambiguamente denominado "*Derecho de Daños*".

### b) La progresiva relativización de las diferencias

En los tribunales, tradicionalmente, subyacía la idea de una mayor vulnerabilidad de la víctima del daño extracontractual que de la del daño contractual. Parecía sobreentenderse que mediando un contrato, el dañado hubiera podido más fácilmente prevenir las consecuencias del incumplimiento, pues debía conocer en manos de quién depositaba su confianza. Sin embargo, dada la actual pérdida de peso del principio de autonomía de la voluntad en la veloz economía actual, el dañado mediando una relación contractual parece igual de vulnerable que el dañado extracontractualmente.

También se veía que bastaba que el dañado probase la relación contractual con el causante del daño para que se presumiese la culpa de éste<sup>13</sup> mientras que, no mediando tal relación, el dañado debía probar la culpa del otro para poder exigirle responsabilidad. Sin embargo, hoy parece que en ambos casos hay que probar la culpa del que causa el daño.

También antes parecía clara la regla de la mancomunidad para los casos de pluralidad de responsables civiles en sede contractual, pues así lo prevé el artículo 1137 CC. Y sin embargo los tribunales han aplicado en dicha sede también la solidaridad, que era tradicionalmente propia de la extracontractual, para los casos en los que no pueda individualizarse la responsabilidad.

De igual modo, la modificación convencional de la responsabilidad, antes sólo predictable de la contractual, hoy parece ya hacerse extensiva a la extracontractual. E igualmente, aunque haremos precisiones sobre el tema, el empleo de la diligencia debida (la "*de un buen padre de familia*") puede hacer cesar tanto la responsabilidad contractual (artículo 1104 CC) como la extracontractual (en caso de la responsabilidad por el hecho ajeno del artículo 1903 CC, según su párrafo 6º)<sup>14</sup>. En lo que sí que difieren ambas formas de responsabilidad es en que la

<sup>13</sup> Así lo decía el antiguo artículo 1214 CC, pero fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo art. 217 reparte la carga: al demandante probar los hechos de los que se produzca el efecto que pretenda, y al demandado probar los hechos que impidan el efecto de los hechos que quiera probar el demandante.

<sup>14</sup> Sin embargo, el TS entiende que la responsabilidad del dueño de empresa por los daños causados por el dependiente (pº 4º del artículo 1903 CC), no habiendo extralimitación de éste, es *cuasiobjetiva*, no cesando aun cuando el principal hubiese empleado la diligencia debida. Esta tendencia obedece a la idea de que quien obtiene un beneficio por una actividad debe responder de los daños causados en su desarrollo.

---

contractual, incluso aunque se pruebe, "*podrá moderarse por los tribunales según los casos*" (artículo 1103 CC) mientras que la extracontractual ha de ser por todo el daño causado<sup>15</sup>. Y sobre todo en el diferente plazo de prescripción que tienen las acciones para poder hacerlas efectivas, como veremos a continuación.

### c) La complejidad práctica

Lo determinante de la responsabilidad contractual es que el daño resulte preciso y directamente del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. Esta delimitación no es tan evidente en la práctica. Podemos poner ejemplos, sobre el mismo caso, que vayan de lo extracontractual a lo contractual.

Se sobreentiende el carácter extracontractual de la responsabilidad del odontólogo que atropella a su paciente al salir con el coche del parking de la clínica, pues en este momento su actividad es la de conductor y no la de odontólogo.

No tan sobreentendido, pero generalmente aceptado, es el que respondería extracontractualmente si rompiera de un puñetazo varios dientes al paciente tras una discusión, por más que ésta se produjese en la consulta y el odontólogo llevase la bata puesta: es indiferente que exista contrato entre ellos y que el bien dañado sea el objeto del mismo, pues no puede decirse que el daño derive de incumplimiento contractual. Dar puñetazos, ni siquiera "*en sentido propio*", puede considerarse un acto médico.

Por el motivo contrario, si le extrajese por error varias piezas sanas en lugar de extraerle aquéllas a que específicamente se hubiera comprometido por contrato, estaríamos ante un daño contractual, por más que se quisiera defender que si luego le extrajese las correctas el contrato estaría perfectamente cumplido. La extracción negligente se halla integrada en los actos de ejecución de este contrato, el cual, ex-artículo 1258 CC, obliga también "*a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.*" No obstante, habrá quien quiera defender que la extracción de piezas tenga naturaleza de contrato de obra y lo que se salga de ella será extracontractual.

Mayor debate generaría si un médico lesionase los derechos de la personalidad de su paciente. Parte de la doctrina<sup>16</sup> y jurisprudencia entienden que se trata de consecuencias que, fuera del empleo de la *lex artis*, no estaban previstas en el contrato y su lesión no proviene por tanto del incumplimiento.

---

<sup>15</sup> Si bien es cierto que en la contractual se responde por los daños "*previstos o que hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación*" (artículo 1107 CC).

<sup>16</sup> SANTOS BRIZ (1981: 715). PUIG BRUTAU (1983: 133).

---

Para YZQUIERDO<sup>17</sup> sin embargo, seguimos en la esfera de lo contractual.

Por el mismo motivo, además de comprometerse a las obligaciones de su contrato, cualquier profesional liberal lo hace también a sus obligaciones deontológicas, secreto profesional, etc., cuyo incumplimiento no deja de ser incumplimiento del propio contrato.

Pues bien, a pesar de la mencionada extensión de los efectos del contrato que hace el artículo 1258 CC, la jurisprudencia suele calificar de extracontractual a todo daño resarcible que no se deba a la estricta ejecución de un contrato. Se trata de la *teoría de la rigurosa órbita de lo pactado*, para la que no basta que medie un contrato para que la responsabilidad que surja entre las partes sea contractual<sup>18</sup>. Siguiendo esta teoría el Tribunal Supremo (en adelante TS) consideró extracontractuales los daños derivados de una operación quirúrgica contratada en un centro privado<sup>19</sup> por no sujetarse las partes no a los deberes previstos en el contrato, sino a los deberes propios de los usos profesionales.

Sin embargo, entiendo que la aplicación estricta de esta teoría puede resultar exagerada. Y es que ningún contrato de servicios puede prever todas y cada una de las consecuencias de su ejecución, sino que la mayoría se dan por supuestas, pero obligan igualmente si, según su naturaleza, son "*conformes a la buena fe, al uso y a la ley*".

Igualmente hay casos en los que un contratante puede tener responsabilidad contractual con un tercero (así, por ejemplo, cuando en la ejecución de las relaciones contractuales se produce la lesión o muerte de uno de los contratantes). Dado que el principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC) extiende los efectos de los mismos a los herederos de las partes, éstos podrían reclamar, por ejemplo, en caso de muerte de su causahabiente por un negligente servicio médico. Sobre esto YZQUIERDO<sup>20</sup> distingue que una cosa serán los daños sufridos por el que luego murió (incluidos los gastos clínicos de su tratamiento), que son derivados del contrato y cuya indemnización ingresará en la herencia, transmitiéndose a los herederos, y otra cosa será el daño moral que la muerte provoca en los allegados del fallecido, que será un daño propio de éstos y, por tanto, extracontractual.

Por otro lado, si un tercero se interpone entre los contratantes provocando el incumplimiento que, a su vez, causa el daño, su responsabilidad será extracontractual si su conducta fuera suficiente para provocar el daño, cual si mediara fuerza mayor. De esta forma, si un tercero impidiese una operación médica provocando daños en el paciente, dicho tercero sería el obligado a resarcirlos, pero en virtud de responsabilidad aquiliana.

---

<sup>17</sup> YZQUIERDO TOLSADA (2001: 95).

<sup>18</sup> Así las SSTS de 9 de marzo de 1983 (RJ 1463/1983) y de 10 de mayo de 1984 (RJ 2405/1984).

<sup>19</sup> Así las SSTS de 7 de febrero de 1973 (RJ 407/1973) y de 28 de marzo de 1983 (RJ 1646/1983).

<sup>20</sup> YZQUIERDO TOLSADA (2001: 92).

Llegados a este punto, abordaremos el tipo de responsabilidad que puede darse en virtud de las distintas formas de relación posibles entre facultativo y paciente.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS RELACIONES MÉDICO-PACIENTE

### II.1. Tipología de la relación médico-paciente<sup>21</sup>

En la práctica medico-sanitaria, cualquier profesional (cirujano, anestesista, médico especialista, enfermero, etc.) puede hallarse tratando a un paciente en virtud de distintas situaciones. Esto hará que la naturaleza jurídica de la relación que entre ellos medie sea una concreta y no otra. Veamos de manera separada los distintos supuestos que podemos encontrarnos.

#### II.1.1. Asistencia médica espontánea

Se trata de aquellos casos ausentes de todo vínculo jurídico entre facultativo y paciente. Piénsese por ejemplo en el médico que presencia un infarto paseando por la calle o una asfixia por atragantamiento en el restaurante en el que está comiendo y decide intervenir.

No mediando consentimiento, se trata de un caso en principio marcadamente extracontractual. Y sin embargo no lo es del todo, o no lo es como si quienes interactuasen fuesen dos personas normales. Si fuera una relación extracontractual, tan sólo regiría entre los relacionados el principio general de *alterum non laedere*. Pero al ser uno de ellos médico (o profesional sanitario), tiene el plus de tener que observar la *lex artis ad hoc* en su intervención, lo que le obliga a una especial diligencia que no obligaría a cualquier otra persona en su lugar. Este deber le somete *per se* a algunas de las normas de responsabilidad contractual, como los artículos 1104 y 1107 CC.

Se ha querido ver también en esta asistencia espontánea un cuasicontrato, a saber, la gestión de negocios ajenos sin mandato del artículo 1888 CC. Así lo hizo de forma indirecta la STS de 24 de mayo de 1995 que consideraba irrelevante calificar estos casos de contractuales, extracontractuales o cuasicontractuales. Dicha naturaleza podría, considerada como relación jurídica análoga al contrato, dar lugar a llegar a considerar según las circunstancias a algunos de estos casos como sometidos a responsabilidad verdaderamente contractual.

<sup>21</sup> Seguimos la sistemática de las obras: GÓMEZ CALLE (1998: 1695 y ss.) y ASÚA GONZÁLEZ (2002: 968).

## II.1.2. Contrato entre paciente y médico

### a) La obligación principal

Pensemos en el paciente que acude a una consulta privada y contrata con el médico. Sería el llamado *contrato de asistencia médica*, modalidad del contrato típico de arrendamiento<sup>22</sup>. Este arrendamiento puede ser de obra (*locatio operaris*) o de servicios (*locatio operarum*).

De un lado, con carácter general, será *arrendamiento de servicios* la medicina de tipo curativo o asistencial. Mediante este contrato, el profesional asume una "obligación de medios": se compromete a desplegar toda la diligencia posible en buscar el resultado curativo, pero no garantiza que ese resultado vaya a producirse.

De otro lado, será *arrendamiento de obra* fundamentalmente la medicina voluntaria o satisfactiva. Mediante este contrato, el profesional asume una "obligación de resultado": se compromete a lograr para el paciente el objetivo a priori deseado por éste.

Ahondaremos en esta cuestión más adelante. Lo que en este punto buscamos situar como hipótesis de partida es que, en uno u otro caso, la responsabilidad civil en que pudiera incurrir el facultativo será de tipo contractual.

### b) Servicios auxiliares de otros profesionales

En otro orden de cosas, si el paciente contratase, aparte de la obligación principal con el médico, la asistencia de otros profesionales de la consulta para cualquier necesidad auxiliar (anestesia, enfermería, etc.) igualmente quedarían estos sometidos al régimen de la responsabilidad contractual.

Pero pudiera ser que estos otros profesionales asistieran al paciente y no hubiese mediado entre ellos contrato alguno. Ante cualquier daño causado por estos auxiliares el paciente podría optar, en primer lugar, por reclamar directamente contra el auxiliar causante del daño. Lo que ocurre es que, en este caso, la acción sería de responsabilidad extracontractual.

En segundo lugar podría reclamar contra el médico con quien sí contrató, como responsable de las personas que está bajo su ámbito de dirección. En este caso la responsabilidad sería igualmente extracontractual, la llamada "*culpa in vigilando*" del artículo 1903.4º CC (sin perjuicio de que a su vez el médico repitiera contra su dependiente ex artículo 1904 CC).

<sup>22</sup> "Típico" en el sentido de "regulado". Así, el artículo 1542 CC establece que "el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios" y el artículo 1544 que "en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

En último término, el paciente podría tratar de reclamar contra el médico ya no por la vía extracontractual sino como responsable contractual. Esto último podría ampararse en el último inciso del art. 1101 CC que sujeta a indemnización "*a los que de cualquier modo contravinieren el tenor*" de la obligación. Sería un caso de cumplimiento defectuoso de la obligación principal del facultativo por culpa del auxiliar.

### c) Servicios auxiliares o instrumentales de centros sanitarios

Puede suceder que el médico con quien contrata el paciente tenga que prestar sus servicios en un centro privado que no sea su consulta pues, para llevar a cabo una intervención, sea necesaria algún tipo de hospitalización.

Cabe preguntarse acerca de la relación que guardará el paciente con dicho centro, pues también podría llegar a sufrir daños que provengan de éste (por ejemplo, por falta de material o por instalaciones antihigiénicas, etc.). Aquí vuelve a surgir la disyuntiva, de manera similar a la analizada respecto de los auxiliares del médico, de si el paciente ha contratado o no él mismo los servicios de este centro.

Si el paciente no contrató directamente con el centro, todos los daños que sufra y que puedan ser imputables a dicho centro serán de carácter extracontractual. Sin embargo, si el paciente hubiese contratado los servicios del centro además de haber contratado los del profesional médico, estaríamos ante un contrato atípico, el llamado *contrato de hospitalización o de clínica*.

Por este contrato, el paciente se obliga a pagar un precio, y el centro se obliga a la prestación de unos servicios que son auxiliares a los del contrato de asistencia médica, esto es, auxiliares de la relación principal, que es la contratada entre paciente y médico<sup>23</sup>.

Pero en el caso que nos ocupa, podría decirse que este contrato tendrá sólamente un contenido "de mínimos": por un lado "*servicios extramédicos*" (como los servicios de hospedaje y limpieza de las habitaciones, o los servicios de alimentación de los pacientes del centro) y por otro lado "*servicios paramédicos*" (como los de enfermería o los de vigilancia del paciente). En general, cualquier servicio que no sea el propio del médico con quien contrató.

Ante cualquier daño afecto a estos servicios auxiliares (así por ejemplo, una intoxicación por mal estado de la comida) el paciente podrá reclamar al centro por responsabilidad contractual, pues el daño se encuadra en un servicio extramédico. Pero si el daño se ha producido exclusivamente por un acto médico realizado en las instalaciones del centro cuando éste sólo

<sup>23</sup> El objeto del contrato de hospitalización fue definido por la SSTS de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8720) y de 15 de febrero de 1993. Igualmente puede verse la STS de 12 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2146).

prestaba servicios extramédicos, el TS ha distinguido: si entre médico y centro hay relación de dependencia, el paciente puede reclamar al centro responsabilidad extracontractual por "*culpa in vigilando*" del artículo 1903. 4º CC<sup>24</sup>, pero de no mediar tal relación, el centro no tiene responsabilidad alguna<sup>25</sup>.

Todo ello sin perjuicio de reclamar contra el médico por responsabilidad contractual.

### II.1.3. Contrato entre paciente y centro sanitario

Estamos ante un supuesto cualitativamente distinto del inmediatamente anterior. El paciente ha acudido a un centro sanitario para que se le asista. En este caso, paciente y centro contratan la prestación principal, esto es, la sanitaria, con los servicios auxiliares que, según cada caso, puedan ser necesarios. Nos encontraríamos igualmente ante el llamado *contrato de hospitalización o de clínica*, pero en este caso su contenido sería pleno (servicios médicos y, si hacen falta, extramédicos y paramédicos).

Así las cosas, el paciente no contrata por su cuenta con ningún facultativo sino que contrata con el propio centro sanitario, el cual, además de poner sus instalaciones, le asigna al paciente un médico para que lo trate.

El centro puede asumir por tanto, de forma similar a lo antes expuesto, y salvo excepciones, bien una "obligación de medios" en el caso de la medicina curativa o asistencial, bien una "obligación de resultado" en el caso de la medicina satisfactiva o voluntaria.

Si los daños causados al paciente en la ejecución de este contrato fueren ocasionados por el médico o por cualquier otro profesional auxiliar, en primer lugar podrá optar el paciente por reclamar contra dicho profesional en vía extracontractual, pues no hay entre ambos mayor *vinculum iuris* que el deber general de no dañar a otra persona (*alterum non laedere*)<sup>26</sup>. Y en segundo lugar, podrá optar por reclamar contra al centro sanitario por responsabilidad contractual, pues era éste con quien contrató la asistencia por medio del contrato de hospitalización. Y ello con independencia de que el profesional causante del daño tenga o no relación de dependencia con el centro.

Por otro lado, si los daños son imputables al propio centro, el paciente sólo tiene la opción de reclamar al centro la responsabilidad contractual. El TS ha reconocido esta responsabilidad del centro sanitario por los daños causados a los pacientes por, entre otros motivos, el retraso

<sup>24</sup> Así lo entendió la STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001/3986).

<sup>25</sup> Así lo entendió la STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/914).

<sup>26</sup> Únicamente en el muy extraño caso de que la relación entre facultativo y centro fuese de "*contrato en favor de tercero*", el paciente podría reclamar contra dicho facultativo por responsabilidad contractual.

culpable en la atención sanitaria<sup>27</sup>, la falta de los necesarios medios de atención médica<sup>28</sup>, la falta de la adecuadas medidas de seguridad relativas al paciente<sup>29</sup> o la falta de unas aceptables condiciones higiénicas<sup>30</sup> ya en el material quirúrgico ya en el postoperatorio.

#### II.1.4. Contrato entre paciente y seguro médico

Se trata del caso en que el paciente no contrata la asistencia sanitaria ni con un facultativo ni con un centro sanitario, sino con una compañía aseguradora a la que paga periódicamente una prima. La compañía pone a disposición del paciente una serie de centros y de profesionales que, respectivamente, pueden pertenecer o no a la aseguradora o trabajar o no para ella.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, podría decirse que estamos ante un caso totalmente atípico, un híbrido entre el contrato de seguro y el contrato de hospitalización, en el que no está del todo claro quién es el verdadero responsable de los daños que puedan causarse al paciente si, llegado el caso, hubiere de llevarse a cabo la asistencia médica.

##### a) La responsabilidad del centro y sus profesionales

Como el paciente no ha contratado ni con el centro sanitario al que acude por medio del seguro ni con los profesionales que en dicho centro le atiendan, si unos u otros le ocasionaran algún daño que les fuese imputable, el paciente podría reclamarles responsabilidad extracontractual por el hecho propio (artículo 1902 CC)<sup>31</sup>.

Habiendo prescrito el plazo para el ejercicio de tal acción, se ha llegado a admitir alguna ocasión la responsabilidad contractual, por entenderse que ni el centro ni el facultativo estaban "fuera de todo vínculo contractual" con el dañado<sup>32</sup>.

##### b) La responsabilidad de la aseguradora

Mayoritariamente, la jurisprudencia ha admitido la responsabilidad contractual de la aseguradora por ser quien, en principio, se comprometió con el contratante (futuro paciente) a la asistencia sanitaria cuya ejecución se ha incumplido o se ha cumplido defectuosamente<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Entre otras, SSTS de 15 de octubre de 1996 (RJ 1996/7110) y de 7 de mayo de 1997

<sup>28</sup> Entre otras, SSTS de 7 de junio de 1988, de 6 de octubre de 1994 y de 26 de febrero de 1998.

<sup>29</sup> Entre otras, SSTS de 15 de julio de 1995 (RJ 1995/6167), de 24 de octubre de 1995 y de 27 de enero de 2001.

<sup>30</sup> Entre otras, las SSTS de 12 de mayo de 1988, de 29 de octubre de 1992, de 15 de febrero de 1993 (que definió el contrato de hospitalización), de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4114) y de 26 de septiembre de 1997.

<sup>31</sup> Así lo estimó la STS de 19 de diciembre de 2008.

<sup>32</sup> Así lo entendió la STS de 10 de junio de 2004 (RJ 2004/3605).

---

Si bien es cierto que habrá que analizar lo pactado entre ambos, la publicidad, etc.

Minoritariamente, en algún caso se ha negado esta posibilidad por entender que la aseguradora tan sólo era una intermediaria entre paciente y centro, a la que no puede responsabilizarse de una incorrecta asistencia médica por el centro<sup>34</sup>.

Más controversia ha habido en admitir o no la responsabilidad extracontractual de la aseguradora. Podemos distinguir dos supuestos.

Si los daños fueran causados en centros o por profesionales que guarden evidente relación de dependencia con la propia aseguradora, se ha llegado admitir por el TS la responsabilidad extracontractual "in vigilando" del artículo 1903.4º CC<sup>35</sup>.

Pero si no hubiese relación de dependencia entre centro o profesional y la aseguradora, el TS ha excluido la responsabilidad extracontractual de ésta. Aquí GARCÍA GARNICA<sup>36</sup> plantea que, aun no dándose tal dependencia, podría considerarse que, reservándose la aseguradora el seguimiento del tratamiento, ésta tuviese un especial "*deber de cuidado que va más allá del genérico deber de no dañar a otro*", cuya vulneración originaría responsabilidad civil contractual. Y cita la autora la STS de 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731), que estimó la responsabilidad contractual de la Seguridad Social por los daños causados al afiliado en un centro concertado al que se le derivó, aunque dicho centro no guardaba relación de dependencia alguna con la Seguridad Social. Para un caso similar cabría analogía, según esta autora, aplicando a una aseguradora lo dicho de la Seguridad Social.

#### II.1.5. Asistencia a afiliado a la Seguridad Social

Nos encontramos ante el generalizado caso de cualquier afiliado a la Seguridad Social. Ante los posibles daños ocasionados a un paciente en cualquiera de los centros que conforman su sistema o por cualquiera de los profesionales que en ellos desempeñan la labor médica, cabría preguntarse por el tipo de responsabilidad que podría reclamar el dañado.

Tradicionalmente, la jurisprudencia oscilaba en este punto. Algunas sentencias entendían que entre el afiliado y el centro integrado en la Seguridad Social no podía decirse que mediaba una relación análoga a la contractual, lo que daba lugar a calificar la responsabilidad surgida

---

<sup>33</sup> SSTS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7998), de 9 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8057), de 10 de junio de 2004 (RJ 2004/3605), de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/251) y de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009/536).

<sup>34</sup> Así la STS de 27 de septiembre de 1994.

<sup>35</sup> Así lo estimó la STS de 12 de febrero de 1990, sobre la base de que el personal sanitario que trató al paciente guardaba relación de dependencia con la compañía aseguradora contratada por el paciente.

<sup>36</sup> GARCÍA GARNICA (2010: 28).

en este ámbito como contractual<sup>37</sup>. Otras sentencias, sin embargo, entendieron que entre el afiliado y el centro integrado en la Seguridad Social no mediaba relación contractual alguna, por lo que la responsabilidad surgida en este ámbito era indubitablemente extracontractual<sup>38</sup>. Esta ha sido la postura que finalmente se ha impuesto en nuestra jurisprudencia<sup>39</sup>.

En cualquier caso, la LRJSP, contiene una regulación especial de la responsabilidad de las Administraciones Públicas que no distingue entre contractual y extracontractual.

## II.2. Consecuencias de la distinción

### II.2.1. La prescripción de las acciones

Actualmente, la principal consecuencia que queda de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es la existencia de los distintos plazos de prescripción de las acciones para exigir cada tipo de responsabilidad.

Hemos de remontarnos hasta el siglo XIII, al libro de Las Partidas de Alfonso X el Sabio. Concretamente a la Partida Séptima, Título IX. Allí, entre las Leyes que regulaban las penas y las enmiendas (castigo y resarcimiento) de las injurias, se asumía por el legislador la imposibilidad de abarcar todos los supuestos posibles, pues el nivel de daño causado por la injuria podía ser muy variado según el caso. Por este motivo, pena e indemnización quedaban a discreción del juez<sup>40</sup>.

La Ley XXII recogía la antigua *actio iniuriae* del Derecho Romano: "*Fasta un año puede todo home demandar emienda de la deshonra ó del tuerto que recibió: et si un año pasare desdel dia que la deshonra fuese fecha, et non demandase en juicio emienda della, de alli adelante non lo podrie facer, (...) pues que tanto tiempo calló que non fizo ende querella en juicio, ó que perdonó á aquel que gela hizo*".

En el siglo XIX, el legislador encontró similitudes entre la responsabilidad civil extracontractual y estas injurias. Por un lado, la imposibilidad de recoger todos los múltiples casos en función de cómo un mismo acto puede lesionar muy distintamente a cada persona.

<sup>37</sup> Así lo entendieron las SSTS de 29 de octubre de 1992 (RJ 1992/8178) de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240) y la de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9496).

<sup>38</sup> En este sentido, las SSTS de 12 de febrero de 2000 y de 11 de junio de 2001 (RJ 2001/5674).

<sup>39</sup> Ya se dio este criterio como consolidado por las SSTS de 15 de octubre de 2008, de 19 de diciembre de 2008 y de 26 de marzo de 2009.

<sup>40</sup> Así se explicaba en la Ley XX: "*Entre las deshonras que los homes reciben unos de otros ha muy grant departimiento; ca tales hay dellas á que dicen en latin atroces, (...) et otras hay que son lieves. (...) asi que cada uno reciba pena segunt que merece et segunt que fuere grave ó ligera la deshonra que fizo á otro ó dixo.*"

Por otro lado, la inseguridad jurídica que supondría perdurar durante demasiado tiempo la posibilidad de reclamar. Y así el Proyecto de Código Civil de García Goyena de 1851 unió bajo el mismo plazo de prescripción a la responsabilidad civil por el delito de injurias y a la responsabilidad civil extracontractual. Y de ahí al actual art. 1968 CC, que recoge: *"Prescriben por el transcurso de un año: (...) 2.º La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia, y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1902, desde que lo supo el agraviado."*

Este es el origen histórico del breve plazo de un año en el que quedó fijada la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, para la responsabilidad civil contractual, al no señalar el Código Civil un concreto plazo de prescripción de su acción, rige lo dispuesto en su artículo 1964.2, que para las acciones personales señala por defecto un plazo de prescripción de 5 años, a contar desde que sea exigible el cumplimiento de la obligación.

Hay que explicar que, hasta la reforma de este artículo por la Ley 42/2015, de 5 de octubre (que entró en vigor el 7 de octubre del mismo año) el plazo de prescripción era de 15 años. Como solución de continuidad, la DT 5ª de dicha ley estableció que para las obligaciones que hubieran nacido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley regiría lo dispuesto en el artículo 1939 CC, por lo que ha de entenderse que el 7 de octubre de 2020 prescribirán todas las acciones cuyo plazo de prescripción hubiera empezado a correr con anterioridad al 7 de octubre de 2015, aunque todavía no se hubieren cumplido los 15 años que permitía la anterior redacción del artículo 1964.2 CC.

Por otro lado, para la Sanidad Pública, la prescripción de la acción de responsabilidad civil es de un año. Dicho plazo estaba en el artículo 145.2 de la Ley 30/92, pues ésta contemplaba a la vez el régimen de la responsabilidad y el procedimiento para hacerla valer. Como quiera que su contenido ha sido dividido en dos leyes, el plazo hoy se encuentra en el párrafo 1º del artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que dice: *"El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".*

De todas formas, la disparidad entre los dos plazos que, para la medicina privada, se contemplan en el Código Civil, explica el debate doctrinal sobre hasta qué supuestos alcanza uno u otro tipo de responsabilidad.

## II.2.2. La calificación de las acciones

Aunque hemos visto que las diferencias están difuminadas, como norma general parece que considerar una responsabilidad como aquiliana supone un tratamiento más "conveniente" para el dañado pues, en caso contrario, el resarcimiento contractual se reduciría al daño contractual previsible previsto en el art. 1107 CC. El inconveniente para éste es que ha de soportar el breve plazo de prescripción de la acción. Por eso, ante casos cuya delimitación no sea del todo pacífica, hay demandantes que reclaman responsabilidad aquiliana -aun mediando contrato con el causante del daño- porque todavía están a tiempo, y otros que reclaman responsabilidad contractual -no estando ésta lo suficientemente acreditada- pues les ha prescrito ya el plazo de la responsabilidad aquiliana. Es por ello conveniente advertir que en multitud de ocasiones la seguridad jurídica se resiente ante estas situaciones.

Más concretamente puede decirse que, en estos casos dudosos, hay quien ve no menos que una doble opción: por un lado, tratar de reclamar por la vía extracontractual siempre que no hubiese prescrito la acción y, si esta posibilidad se rechaza, entonces reclamar daños contractuales, como si de una pretensión diferente se tratara (eludiendo la cosa juzgada).

Para la tesis contraria, ambas reclamaciones son incompatibles y, por tanto, no procede que ni el dañado fuera de la ejecución de un contrato trate de buscar acomodo en la responsabilidad contractual por haber prescrito la acción de la aquiliana, ni que el dañado en virtud de incumplimiento contractual trate de reclamar por la vía extracontractual por estar todavía a tiempo de obtener un mayor resarcimiento.

En cualquier caso, se ha entendido por el TS que es el juez y no el actor el que ha de calificar la responsabilidad civil y, aunque el actor lo hiciese, ello no vincularía al juez<sup>41</sup>. Es más, el TS en alguna ocasión ha traído a colación la llamada "doctrina de la unidad de culpa civil", para argumentar que no hay incongruencia procesal si un tribunal cambia la causa de pedir del demandado, adecuando la petición a uno u otro tipo de responsabilidad siempre que los hechos sirvan de base para ello<sup>42</sup>. La utilización de esta teoría fue criticada por parte de la

<sup>41</sup> Así, la STS de 18 de febrero de 1997, que dio la razón al demandante frente al Instituto Catalán de Salud en virtud de un incumplimiento contractual que derivó en el fallecimiento del demandante, a pesar de que éste había reclamado sobre la base de la responsabilidad aquiliana.

<sup>42</sup> Así, la STS de 6 de mayo de 1998 fue de las primeras en invocar dicha doctrina. De igual modo el Alto Tribunal trajo a colación el principio de la unidad de culpa en la STS de 30 de diciembre de 1999, que admitió la responsabilidad del INSALUD frente a un afiliado varios años después del sobreseimiento penal del caso, apoyándose en que era contractual y en la STS de 8 de febrero de 2000, por más que para el mismo Tribunal las prestaciones de la Seguridad Social sean extracontractuales (así, la STS de 12 de febrero de 2000).

doctrina por "estirar" la unidad de culpa, que se refiere más bien a que el concepto de culpa del art. 1104 CC sirve para ambos tipos de responsabilidad.

### **III. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

A continuación analizaremos los distintos elementos que han de concurrir conjuntamente para que se genere la responsabilidad civil médica: acción u omisión, daño efectivo y nexo causal.

#### **III.1. La acción u omisión**

##### **III.1.1. Concepto**

Es éste el primer elemento de la responsabilidad civil médica. Para que ésta surja ha de darse cualquier actividad o falta de actividad necesaria que por su naturaleza se circunscriba dentro del ámbito de actuación de la profesión médica.

Por acción nos referimos a un comportamiento activo: intervención, ya fuese necesaria o ya fuese innecesaria. Por omisión nos referimos a la inacción exclusivamente cuando la intervención era necesaria, esto es, cuando existía un deber previo de actuar. En consecuencia, no toda falta de actividad es omisión.

Aunque pueda resultar evidente, es necesario dejar claro que no todo suceso que pueda darse en un centro sanitario sobreviene de acción u omisión médica. Si un señor se trastabilla él solo al salir de la consulta de un médico y al caer se apoya con un brazo fracturándose el radio, no es que no haya culpa por parte del médico, es que directamente no hay acción alguna de éste que pudiera ser generadora de responsabilidad. Tampoco se trata de un caso fortuito o consecuencia imprevista en la actuación del médico. Simplemente no hay acción, ni del médico ni de ningún otro sujeto<sup>43</sup>.

Siguiendo con el mismo ejemplo, tampoco habría omisión por parte del médico: ésta requiere que previamente al hecho en cuestión exista un deber de actuar. Y el médico no debía dejar al siguiente paciente en la consulta y acompañar hasta la calle al que se iba. Por contra, sí hubo omisión cuando no se preguntó al paciente al que se iba a operar si sufría alergia a algún tipo de medicamento, pues aquí sí que hay un deber médico de hacerlo.

---

<sup>43</sup> Cosa distinta sería que se trastabillase porque el suelo de la consulta estaba fregado y nadie le avisó de ello.

Cabe preguntarse si la acción u omisión han de ser antijurídicas. Parte de la doctrina lo ve necesario<sup>44</sup>, pero asocia este requisito a la propia existencia de daño, como si los daños pudieran ser antijurídicos, cuando lo que puede ser o no antijurídico es la acción u omisión. Otros autores<sup>45</sup> sin embargo no lo ven necesario. Con mayor motivo en el caso de la responsabilidad médica, donde una conducta lícita puede acabar desembocando en responsabilidad si se dan el resto de elementos.

Como veremos a continuación, en responsabilidad civil contractual la acción consiste en cualquier modalidad de incumplimiento o de cumplimiento tardío o defectuoso (ver artículos 1098 y ss. CC).

En responsabilidad aquiliana la acción consiste en cualquier agresión de un bien ajeno ("el que por acción u omisión..." dice el artículo 1902 CC) que no esté debidamente justificada: no tanto por legítima defensa (contrasentido en el caso de la responsabilidad médica) sino acaso por estado de necesidad.

### III.1.2. Supuestos genéricos de responsabilidad contractual

Entrando en los supuestos de responsabilidad civil contractual, que es la que en mayor parte se da en la medicina privada, dogmáticamente puede decirse que son tres: incumplimiento, cumplimiento tardío y cumplimiento defectuoso. Los tres contravienen a la obligación. Lo que pasa es el art. 1101 CC embrolla la cuestión al citar varios "*supuestos supuestos*": el dolo y la negligencia (que no son supuestos en sí, sino factores de atribución del incumplimiento), la mora (cumplimiento tardío) "*y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquélla*" (que es lo que hacen todos los supuestos, pero que quedaría residualmente para el cumplimiento defectuoso)<sup>46</sup>.

#### a) Incumplimiento

Incumplida una obligación, el Código Civil permite al acreedor (aquí el paciente) instar el cumplimiento forzoso (arts. 1096 a 1099). Si el cumplimiento forzoso ya no fuese posible o no conviniese al paciente, éste podrá pedir *aquello en lo que se estiman las cosas debidas*, esto es, la "*aestimatio rei*" o montante pecuniario equivalente a la prestación a la que tenía

<sup>44</sup> DE ÁNGEL YÁGUEZ (1993: 257).

<sup>45</sup> PANTALEÓN (1991: 1995).

<sup>46</sup> CARRASCO PERERA (1989).

derecho. En una prestación médica, ya de obra ya de servicios, sería la devolución del precio pagado por ella, que es la mejor manera de valorarla.

Puede ser que la "*aestimatio rei*" o devolución del precio sea insuficiente para restituir al paciente exactamente en la situación por él deseada debido a que el incumplimiento le haya causado además unos daños sobrevenidos que, lógicamente, también tendrá interés en que se le solucionen.

Así las cosas, el jurisconsulto Ulpiano (Digesto, 19.1.1) animaba a demandar "*in id quod interest agitur*" o en todo "*en cuanto alcance el interés del comprador*", aquí paciente acreedor de la prestación debida. Este interés en solucionar unos daños más allá del precio pagado es el que origina la responsabilidad civil.

El artículo 1096 CC hace la misma distinción al señalar para el acreedor que "*independientemente del derecho que le otorga el artículo 1101 (indemnización), puede compelir al deudor a que realice la entrega*" (cumplimiento forzoso).<sup>47</sup>

Hecha esta distinción, hay que precisar que el mero incumplimiento de un contrato no genera *per se* responsabilidad civil pues se requiere, como veremos, de un daño (así, SSTS 10 y 30 de junio de 2000): sin daño imputable al deudor, sólo habría lugar a instar el cumplimiento o a la "*aestimatio rei*"; con daño imputable, puede haber lugar a responsabilidad incluso aunque el contrato se termine finalmente por cumplir. La indemnización, en consecuencia, no sólo tiene carácter adicional sino también independiente.

### b) Cumplimiento tardío

Ante el retraso en el cumplimiento de cualquier prestación médica, hemos de acudir al párrafo 1º del artículo 1100 CC para saber si hay "*mora*" o simple retraso: "*incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación*".

Podemos recordar someramente los requisitos doctrinalmente admitidos para que se dé la mora que contempla este artículo:

1. Que la obligación sea positiva ("entregar o hacer alguna cosa"), característica a la que responden todas las obligaciones que pueden adquirirse en el sector médico, donde no se contraen obligaciones negativas.

<sup>47</sup> También lo hace el artículo 1124, que permite al perjudicado escoger entre cumplimiento o resolución de la obligación recíproca, "*con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*". Aunque también es cierto que otros artículos del Código Civil confunden estos conceptos (así artículos 1135 o 1150, entre otros).

- 
2. Que la obligación sea exigible, lo que sucederá desde que se contraiga, siempre dentro de lo que marque la *lex artis ad hoc*, excepto si se trata de una obligación a término o sometida condición suspensiva (algo que podría más bien darse en el ámbito de la medicina satisfactiva o voluntaria), en cuyo caso la exigibilidad la marcarán o la fecha de vencimiento o el cumplimiento de la condición.
  3. Que el cumplimiento todavía interese al acreedor. En caso contrario, ya no habría mora sino directamente incumplimiento. En la medicina curativa puede ya no interesar el cumplimiento si el paciente se ha curado, mientras que en la satisfactiva puede no interesar ya si ha desaparecido el fin para el que se pretendía el resultado.
  4. Que el retraso sea imputable al deudor (profesional médico), lo que evidentemente no se da ni en el caso fortuito ni en la fuerza mayor (que por supuesto han de probarse por el deudor) que impidan el resultado de la medicina satisfactiva o la correcta actividad de la curativa. Pero, en este último caso, incluso no mediando caso fortuito o fuerza mayor, este requisito exigiría la culpabilidad del facultativo (no diligencia debida según la *lex artis ad hoc*) pues no habría otra manera de imputarle el retraso cuando la obligación es de medios.
  5. Que haya mediado interpelación formal del acreedor, judicial o extrajudicial, que marque el paso del simple retraso a la mora. Ha de recibirse por el deudor, lo que en la vía judicial supone que le sea notificada la demanda.

No sería necesaria interpelación en los dos casos mora automática del artículo 1100 CC: las obligaciones a término que se estableció como determinante cuando se contrató (párrafo 2º) y las obligaciones recíprocas, según la interpretación mayoritaria<sup>48</sup> del párrafo 3º que establece que: *"ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe"*<sup>49</sup>. *Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro*.

El deudor moroso, además de responder de los daños que cause, responderá del caso fortuito que impida la prestación. Así, el odontólogo moroso, sensu contrario a lo dispuesto en el artículo 1182 CC, quedará obligado a rehacer la prótesis a medida que hizo para un paciente

---

<sup>48</sup> ALBALADEJO (1968: 10 y ss.) se oponía a esta interpretación. Para este autor la mora no es automática en las obligaciones recíprocas pues, de quererlo así el legislador, las habría incluido en los casos del párrafo 2º en lugar de en un párrafo aparte. De hecho, explica, en el Proyecto de García Goyena de 1851 (artículo 1007) el párrafo en cuestión sólo contenía el inciso de la "*compensatio in mora*", añadiéndose el segundo inciso por el CC de 1889 con el objeto de aclarar el primero, pero no con el de sacar a las obligaciones recíprocas (que son las más frecuentes) de la regla general de necesidad de intimación para constituir en mora.

<sup>49</sup> El primer inciso de este párrafo se establece el presupuesto de la compensación de moras. Así las cosas, para poner al facultativo en mora el paciente tiene que estar al corriente del pago del tratamiento.

---

que le intimó formalmente por el retraso en el cumplimiento, aunque dicha prótesis se hubiese destruido en el incendio que asoló la clínica entre tanto.

### c) Cumplimiento defectuoso

Una obligación no se entiende del todo cumplida, dice el artículo 1157 CC, "*sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que aquella consistía*". Así pues, el llamado cumplimiento defectuoso se trataría de aquellos casos en los que el deudor lleva a cabo la prestación, pero de manera errónea o bien en aquellos en que no la lleva a cabo "*completamente*", por dejar, por ejemplo, de cumplir con las obligaciones accesorias a la obligación principal. Este supuesto puede ser relativamente frecuente en los incumplimientos de las prestaciones médicas, sobre todo si no se sigue la diligencia acorde con la *lex artis ad hoc*.

El artículo 1166 CC comienza señalando que "*el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida*". De este modo, si el odontólogo se comprometió en que las coronas que iba a poner al paciente iban a ser de zirconio, luego no puede obligarle a llevar unas de resina.

Continúa el artículo diciendo que "*tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad de acreedor*".

Este principio general se ve concretado en el ámbito médico en el respeto a la autonomía del paciente, que veremos posteriormente.

#### III.1.3. La diligencia como criterio delimitador

La doctrina suele explicar la imputación del incumplimiento a través del concepto de culpa. El art. 1104 CC la define, en su párrafo primero, como "*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*." Cualquier responsabilidad gira en torno a ella, verdadero significado de la "unidad de culpa".

Sin embargo, podríamos voltear los términos y explicar la imputación a través del concepto de diligencia. Parece que para nuestro Código la diligencia es la muralla que mantiene a la culpa a raya. *Extra muros*, donde no hay diligencia, se corre el riesgo de ser culpable de los daños causados, si eran previsibles o evitables. *Intra muros* de la diligencia, no hay culpabilidad por daños, pues todos son imprevisibles o inevitables (caso fortuito o fuerza mayor). Se trata de situaciones excluyentes, no hay terreno intermedio: o dentro o fuera.

En el ámbito civil, la diligencia debida por excelencia es la del *bonus pater familiae*. Concretamente, en el ámbito médico, a la diligencia debida se la conoce como *lex artis*.

Los arts. 1104 y 1105 sólo permiten deformar la diligencia en dos casos: cuando la ley expresamente lo haga (juego de espejos hacia el infinito) o en los casos "*en que así lo declare la obligación*". Es esta segunda salvedad una grieta en la muralla por la que se puede colar la responsabilidad, haciendo *culpable* (en sentido impropio) aun dentro de su diligencia, al médico que se hubiese obligado a un resultado y no lo hubiese cumplido<sup>50</sup>.

### III.1.4. Obligaciones de resultado y obligaciones de medios

En las obligaciones de resultado (en las que está pensando el Código Civil) el deudor se compromete a conseguir un fin determinado. Son las habituales en el ámbito de la medicina satisfactiva (odontología, estomatología o cirugía estética). Una vez demostrado por el paciente el incumplimiento, al profesional sólo le quedará escudarse en causa ajena (caso fortuito, fuerza mayor, conducta de la víctima o intervención de tercero). Si no pudiera, de nada le sirve alegar su diligencia, pues se había comprometido a un resultado. Por eso en la práctica muchos deudores tratan de negar la mayor, esto es, el incumplimiento, defendiendo que la obligación está cumplida.

En las obligaciones de medios el deudor no se compromete a un resultado, sino sólo a tratar de hacer lo posible porque éste se produzca. No es que no quiera satisfacer el interés del acreedor, pero no puede garantizar que se vaya a producir el resultado, pues éste depende también de otros factores que escapan a su control. Son las habituales en el ámbito de la medicina asistencial o curativa. También corresponde al acreedor probar el incumplimiento, que aquí es el no haber empleado la diligencia debida. En este punto cabe recordar que una cosa es la negligencia y otra el daño producido: como decimos, en la obligación de medios,

<sup>50</sup> La diligencia juega también en los casos en que el cumplimiento de la obligación deviene legal o físicamente imposible. Dentro de una actuación diligente no se responde por ellos (el art. 1184 declara la obligación extinguida). Pero fuera, si cuando devino la imposibilidad el deudor se hallaba en mora, valdrá lo dicho para el caso general.

que el paciente haya sufrido un daño no implica necesariamente negligencia. Hay que probarla. Y si el facultativo ha sido diligente, no cabe imputarle el daño<sup>51</sup>.

En la práctica, aunque cada vez es más frecuente que el tipo de obligación se exprese en el propio contrato, a veces no se parte a priori de obligaciones previamente definida. De partida lo único conocido es un paciente descontento que reclama el coste del servicio médico (o que no quiere pagarla, si aun está a tiempo) o que reclama por unos supuestos daños sufridos o que pretende ambas cosas a la vez (*la aestimatio rei* y *el id quod interest*).

En un extremo, al paciente le será más fácil probar el incumplimiento de una obligación de resultado (la no consecución del objetivo del tratamiento) que probar el incumplimiento de una obligación de medios (la negligencia del profesional). Por este motivo puede ser que trate de encuadrar la relación que le une al profesional dentro de las obligaciones de resultado, sobre todo si de la documentación contractual o de la jurisprudencia puede inferirse esta naturaleza, algo probable en la llamada medicina satisfactiva, pero improbable en la curativa. Si lo consiguiese, se le allanaría el camino para probar el incumplimiento y consecuentemente obtener la *aestimatio rei*, pero no necesariamente para obtener el *id quod interest*, pues aun le quedaría el imputar los supuestos daños a la acción u omisión del profesional.

En el otro extremo, el profesional tratará de alegar que la obligación era de medios, pues en tal caso se volvería indiferente la consecución o no del objetivo del tratamiento (la recuperación del enfermo) y, habiendo habido diligencia, tendría todo el derecho a cobrar sus honorarios y los supuestos daños no serían imputables a conducta alguna. Pero incluso siendo indubitable dicha naturaleza "de medios" (algo probable en la medicina curativa) antes que cargar con la prueba diabólica de ponerse a probar su propia diligencia, debería tratar primero de alegar, si fuera posible, la intervención de una causa ajena en la producción de los daños (caso fortuito, fuerza mayor, conducta de la víctima o intervención de tercero), pues la medicina no es una ciencia exacta y los supuestos daños que el paciente dice haber sufrido podrían haberse producido por cualquiera de los múltiples factores que constantemente están incidiendo en su salud. Sólo si fuera notorio que no hubiera intervenido causa ajena, entonces le quedaría el tratar de probar que su actuación ha seguido la diligencia debida.

<sup>51</sup> De hecho habría que distinguir entre *objeto de la obligación medios* (prestar una determinada actividad) y *objeto del tratamiento médico* (la recuperación del enfermo o consecución del resultado médico deseado), siendo el primero el único jurídicamente relevante para este tipo de obligaciones.

Otra cosa sería lo que podríamos llamar "*caso fortuito inverso*": que el enfermo se curase a pesar del negligente médico. No habiendo daños, no habría lugar a responsabilidad civil. Pero si la obligación fuera de medios estaríamos ante un incumplimiento contractual. Por lo que el médico no debería cobrar por ello.

Avanzando todavía más, no es infrecuente encontrarse con una relación presidida por una obligación principal de medios (por ejemplo, intervención quirúrgica) pero que lleve adjuntas pequeñas obligaciones de resultado (relativas a análisis previos, anestesia, instrumental, etc). Bien mirado, estas adjuntas no dejan de ser concreciones de la *lex artis* necesaria para desempeñar con la debida diligencia la obligación principal.

### III.2. El daño efectivo

Estamos ante el elemento principal de la responsabilidad civil, ya sea contractual<sup>52</sup>, ya sea extracontractual<sup>53</sup>. Sin la existencia de daño, aunque la conducta del facultativo fuere grave, no cabe responsabilidad civil<sup>54</sup>.

Empecemos por abordar, dentro de unos hechos, qué consecuencias podrían ser o no consideradas, efectivamente, como daños y en función de qué criterios. Despues veremos hasta dónde alcanzaría la citada consideración de un daño como efectivo.

#### III.2.1. La aparición de los daños

Es ésta una cuestión terminológica que puede tratarse desde distintos ángulos.

En primer lugar, desde un punto de vista cronológico, y tomando como referencia el hecho dañoso, los daños resarcibles han de ser *posteriores* a la acción u omisión en que dicho hecho consistió. Sin embargo, tomando como referencia la demanda o la sentencia que sobre el asunto se dicte, los daños pueden ser: *presentes*, si se los contemplase en dichos hitos porque hubiesen acaecido ya al tiempo de los mismos; *futuros*, si, aunque no hubiesen acaecido todavía, también se los contemplase por tenerse al menos relativa certeza de que fuesen a suceder; y, finalmente, *sobrevenidos*, si no se los contemplase en dichos hitos porque no se tenía aun conocimiento de ellos, ya sean a su vez presentes o futuros.

Pensemos en una paciente que ha accedido a que en una clínica se le practique una histerectomía tras fracasar el tratamiento farmacológico que se le prescribió para intentar paliar sus dolores abdominales, metrorragia, etc. No pudiendo cuestionarse dicho fracaso, por

<sup>52</sup> El artículo 1101 CC sujeta "a la indemnización de los daños y perjuicios causados".

<sup>53</sup> El artículo 1902 CC sujeta "a reparar el daño causado".

<sup>54</sup> No así responsabilidad penal, pues ya se ha dicho que determinadas conductas pueden llegar a ser delictivas aunque con ellas no se haya dañado a nadie.

---

tratarse de una obligación de medios, estos dolores no supondrían daños resarcibles pues, como veremos a continuación, no son *posteriores*, sino previos al hecho dañoso.

Antes de la operación, la paciente fue informada de que la extirpación del útero le acarrearía la esterilidad, por lo que esta consecuencia, siendo posterior a la operación, no sería resarcible. Sin embargo, no fue informada de los múltiples riesgos que conlleva una histerectomía, por lo que accedió pensando que se trataba de un proceso sencillo.

Llegado el momento, por un lado, al operarla se le produce una fistula vaginal. Si reclamase, la fistula supondría un *daño presente* y, si por la fistula fuese a necesitar una sonda para orinar durante un año aproximadamente, estaríamos también ante un *daño futuro*. Pero por otro lado, tras ir saliendo del largo reposo necesario, recupera la total movilidad de una pierna, pero no de la otra, en la que se le ha quedado una cojera. Tras varios meses de espera, puede hacerse un electromiograma, descubriendo que la histerectomía le dañó un nervio motor de dicha pierna. Estaríamos entonces ante un *daño sobrevenido*. En una nueva reclamación, esta cojera sería ya un *daño presente*. Y si con el estado actual de la ciencia no fuese a poder curarse, quedando un secuela de por vida, habría que contemplar también ese nuevo *daño futuro*.

En segundo lugar, desde un punto de vista lógico, los daños pueden ser muy cercanos o muy remotos al hecho dañoso. Así las cosas, los daños pueden distar del hecho dañoso una sola relación de causalidad (suele hablarse entonces de *daños inmediatos o directos*) o pueden distar varias relaciones causa-efecto (*daños mediados o indirectos*).

Aunque volveremos sobre esta cuestión, podría decirse que cuanto más mediato o indirecto es un daño respecto de un hecho, más difícil es que se reconozca la responsabilidad civil del autor del hecho. Y ello porque dicho daño ya puede deberse también a otros hechos distintos. Así pues, lo normal es que sólo sean resarcibles los *daños inmediatos*.

En nuestro ejemplo anterior, la cojera por muy sobrevenida que fuera, sería resarcible por tratarse de un daño inmediatamente producido por la histerectomía. Sin embargo, si, tras tiempo de cojera y mal apoyo, la paciente sufriera problemas de espalda, ya hablaríamos de *daños mediados*, los cuales podrían deberse a varios factores (no sólo a la cojera) o incluso podrían haberse evitado con una correcta rehabilitación, con lo que su resarcimiento sería muy discutible. Incluso más allá, si a consecuencia de la cojera la paciente no pudiese correr para evitar un atropello en un momento determinado, los daños que se le ocasionen no serán imputables a la histerectomía, por mucho que la cojera provenga de ella, sino que podrán serlo, en su caso, al causante del atropello, respecto del que sí son *daños inmediatos*.

En tercer lugar, desde un punto de vista probabilístico, suele hablarse de *daños previsibles* o de *daños imprevisibles*.

Siguiendo con el ejemplo anterior, que al practicarse la histerectomía podría dañarse la vagina de la paciente produciéndosele una fistula, era una eventualidad que se podía contemplar ya antes de la operación, esto es, era *previsible* que pudiese ocurrir. Sin embargo, que por un apagón de luz que afectase a todo el edificio de la clínica, el acto quirúrgico se interrumpiese a la mitad durante varias horas, con cualesquiera consecuencias dañosas sobre la paciente, razonablemente parece un suceso muy extraordinario, por lo que los daños surgidos del mismo pueden calificarse como *imprevisibles*.

Esta cuestión adquiere relevancia sobre todo en relación al grado de omisión de diligencia por el profesional pues, en sede de responsabilidad contractual, el artículo 1107 CC reparte la responsabilidad por estos daños de forma distinta entre el deudor culpable (los previstos o previsibles al constituirse la obligación y que se deban a su incumplimiento) y el deudor doloso (todos los que se deban a su incumplimiento).

De esta manera, colocar deliberada e innecesariamente al paciente en una situación de riesgo sin su consentimiento puede suponer tener que responder no sólo de los daños previsibles sino también de los imprevisibles.

En cuarto lugar, desde el punto de vista de la relación con el profesional, podemos precisar que si los daños se producen en el objeto del contrato entre médico y paciente, esto es, su cuerpo o su salud, suele hablarse de *daños intrínsecos*. Pero también podemos encontrarnos con daños que se producen en otros bienes del paciente distintos de los que constituyen el objeto del contrato. Hablaríamos entonces de unos *daños extrínsecos*.

Así pues, aunque el cirujano estético realice correctamente una intervención, si el paciente era famoso y el cirujano viola el secreto profesional hablando de la operación en una revista, puede darse un importante daño extrínseco en el derecho a la intimidad del paciente aunque la operación en sí no le haya supuesto ningún daño intrínseco en su cuerpo.

Finalmente, desde el punto de vista de los bienes dañados, al menos teóricamente, se distinguen tres categorías: *daños materiales o patrimoniales*, si se daña la economía de una persona; *daños corporales*, si se daña la integridad, tanto física como psicológica, de la persona; y *daños morales*, si se daña su esfera espiritual (como sucede con el honor, la intimidad, la autonomía de la voluntad, etc.).

Ahora bien, también se ha visto que verdaderamente los daños corporales pueden tener consecuencias tanto patrimoniales (gastos médicos, pérdida de ingresos, etc.) como no patrimoniales (dolores, perjuicios estéticos, pena por la muerte de familiar, etc.). Es por ello que, desde un punto de vista práctico, la triple categoría puede sintetizarse en la clásica dualidad de *daños materiales* y *daños morales*.

Como las categorías analizadas hasta ahora corresponden mayoritariamente al campo de los *daños materiales*, hagamos una breve referencia a alguna categoría doctrinal de *daños morales*. Distingue YZQUIERDO<sup>55</sup> varios tipos de perjuicio moral: "*perjuicio de agrado*", que afecta a la ordinaria calidad de vida (dificultando gestos cotidianos como el levantarse, sentarse, lavarse, andar, etc.); "*perjuicio estético*"<sup>56</sup>, que es el que, con independencia de la edad, sexo o profesión de una persona, afecta a su apariencia externa de forma somática, permanente y visible<sup>57</sup>; "*perjuicio de afecto*", que es la aflicción que experimentan el paciente lesionado y las personas próximas al paciente lesionado o fallecido; "*preium doloris*", que es el padecimiento físico que experimenta el paciente lesionado.

### III.2.2. El alcance del daño

En sentido general, ante un incumplimiento contractual, cabe contrastar la situación en la que se encuentra el acreedor bien con aquélla en la que se encontraría si se hubiera cumplido el contrato (*interés contractual positivo*) bien con aquélla en que se encontraría si el contrato no hubiera llegado a celebrarse (*interés contractual negativo*).

La distinción tiene sobre todo sentido en las obligaciones recíprocas, ya que el artículo 1124 CC permite al perjudicado por el incumplimiento de éstas optar por el cumplimiento o por la resolución de la obligación, "*con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos*". Estos daños de los que habla el artículo dependerán del interés contractual positivo en el caso de que opte por el cumplimiento, mientras que dependerán del interés contractual negativo en el caso de que opte por la resolución.

<sup>55</sup> YZQUIERDO TOLSADA (2001: 161-162).

<sup>56</sup> Para VICENTE DOMINGO (1994: 203), este perjuicio, a diferencia de los otros, puede comprobarse por el propio juez sin ayuda pericial.

<sup>57</sup> En cuanto a la visibilidad, ya la STS de 15 de noviembre de 1990 apuntaba modernamente que "*la noción de deformidad se extiende hoy a la generalidad del cuerpo, tanto porque éste se expone ahora con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena, como porque en la actualidad se conoce mejor que antes cuánto puede quedar afectada la vida afectiva o de relación por taras situadas en zonas del cuerpo ordinariamente tapadas*".

Pensemos en el paciente que vuela ida y vuelta en el día de La Coruña a Madrid para someterse a una intervención de cirugía estética, pero no se la realizan porque habían olvidado la cita y no había nada preparado para ello. La clínica le ofrece operarle el día siguiente, para lo que tendría que quedarse a dormir en un hotel de Madrid. Si optase por resolver el contrato, podría reclamar por daños el coste de los vuelos de ida y de vuelta pues, si no hubiera celebrado el contrato, entonces no habría tenido que volar (*interés contractual negativo*). Pero si optase porque el contrato se cumpliese el día siguiente, podría reclamar por daños el coste de la noche de hotel, más no el coste de los vuelos, pues los habría tenido que hacer de haberse cumplido el contrato (*interés contractual positivo*).

Por otro lado, el artículo 1106 CC señala que la indemnización alcanza tanto a la pérdida sufrida como a la ganancia que el reclamante haya dejado de obtener. Siguiendo estos términos, el valor de la pérdida sufrida es lo que se conoce por *daño emergente*, mientras que la ganancia dejada de obtener por el dañado es lo que se conoce por *lucro cesante*.

No debería caerse en el error de asociar una categoría al daño presente y otra al daño futuro. En el caso de la histerectomía, los gastos ocasionados por la rehabilitación, fuesen presentes o futuros, son *daño emergente*. Mientras que, si la paciente era bailarina de ballet, las ganancias que dejase de obtener por la cojera podrían entrar en la categoría de *lucro cesante*.

Naturalmente, el *lucro cesante* conlleva mayores dificultades de determinación, por lo que su apreciación por los tribunales suele ser extraordinaria. En cualquier caso, no se trata de indemnizar los llamados "*sueños de ganancia*" o *meras expectativas* de recibir un dinero.

En el caso de la bailarina de ballet operada, si la cojera le supuso la baja de su compañía, el salario de que se le prive será *daño emergente*. Pero si se la contrataba por cada espectáculo, los ingresos de futuros espectáculos serían *lucro cesante*. Por último, si estaba desempleada, por mucho que la cojera le dificulte la búsqueda de empleo, estaríamos ya entrando en el difuso terreno de las *meras expectativas* no indemnizables.

Otro supuesto cualitativamente distinto es el de la llamada "*pérdida de oportunidades*". No se trata de una pérdida de expectativas sino de la pérdida de la oportunidad de tenerlas. Piénsese en el daño que ha impedido al paciente presentarse a una oposición para la que estaba convocado. Por supuesto que el aprobar o no el examen depende de muchos factores, pero al dañado se le ha privado no del aprobado sino de la oportunidad de intentarlo. Esa oportunidad es un daño concreto y determinado del que podría plantearse su resarcimiento.

Puede verse en la pérdida de oportunidades mayores reticencias jurisprudenciales que las que

ya se plantean de por sí para el lucro cesante. Sin embargo, este concepto ha alcanzado trascendencia práctica en los supuestos conocidos, en anglicismos cuyo uso se mantiene por su valor eufemístico, como "*wrongful birth*" y "*wrongful life or conception*".

Piénsese en la embarazada a la que no se le informa, dentro de las posibilidades de la ciencia que marque la *lex artis ad hoc*, de las posibles anomalías del feto que está gestando ("*wrongful birth*"), privándosele del derecho a abortar que legalmente le asista.

La STS de 6 de junio de 1997 condenó a una doctora y al Servicio de Salud de la Comunidad Valenciana a pagar solidariamente una desproporcionada indemnización (50 millones de pesetas) a una gestante a la que se había privado de la oportunidad de plantearse abortar (aunque luego lo hubiera hecho o no) al no informarle de que el feto era síndrome de Down.

Se preguntaba YZQUIERDO<sup>58</sup> qué es lo que valoró esta sentencia pues, no siendo un daño el nacer síndrome de Down y dado que no se podía saber a priori si la madre hubiera abortado o no, la indemnización debería haberse ceñido al único daño causado: la pérdida de la oportunidad de decidir. Y sin embargo la sentencia no lo dejaba claro.

Para GARCÍA GARNICA, el resarcimiento en casos de "*wrongful birth*" y "*wrongful conception*" se ha aclarado no porque los casos de *pérdida de oportunidad* sean resarcibles, sino por la actual consideración de la autonomía del paciente como un bien propiamente digno de protección jurídica, tal que, en estos casos, el daño no reside en que no se hubiera deseado, respectivamente, un nacimiento o un embarazo de haber conocido las circunstancias que lo rodeaban, sino en la lesión de dicha autonomía concretada en la posibilidad de optar por un aborto eugenésico o de procrear en sentido negativo<sup>59</sup>.

Finalmente, precisaremos que la cuantificación de los daños, a falta de un baremo propio para la responsabilidad civil médica, se realiza por las tablas contenidas en los anexos del RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, norma que ha sido recientemente reformada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Excede del propósito de este trabajo el desarrollar el complejo sistema de valoración de los daños de este baremo.

<sup>58</sup> YZQUIERDO TOLSADA (2001: 154-155).

<sup>59</sup> GARCÍA GARNICA (2010: 102). Cita la autora, a título ilustrativo, las SSTS de 10 de mayo y 23 de noviembre de 2007 (RJ 2007/3403 y RJ 2008/24).

### III.3. El nexo de causalidad

Es la relación causa-efecto que, para que haya lugar a la responsabilidad civil, debe concurrir entre la acción u omisión del profesional sanitario y el daño efectivo sufrido por el paciente, de tal forma que inequívocamente se entienda que éste fue causado por aquélla.

Este requisito presenta, a priori, una doble dificultad. Por un lado, dado que el Derecho no contempla lo que es la causalidad, estamos ante un concepto metajurídico, una cuestión de lógica. Por otro lado, podemos encontrarnos con que un solo efecto pueda provenir de un grupo de múltiples impulsos o fuerzas, cada una de distinta naturaleza, tanto positivas como negativas, lo que puede dificultar la consideración de una de ellas, entre todas las del grupo, como "la causa" de dicho efecto.

En este sentido, podemos observar también que un sólo efecto puede provenir de una cadena de causas, a cual más remota desde el punto de vista lógico. Siguiendo la terminología aristotélica, en el campo de la responsabilidad civil habría que preguntarse cuál de las causas de dicha cadena es la "*causa eficiente*". Conocidas son las teorías filosóficas que han abordado esta problemática<sup>60</sup>.

La de la "*equivalencia de las condiciones*" enunciaba que cualquier contingencia sin la que un hecho no hubiera podido tener lugar (*conditio sine qua non*) es causa de dicho hecho. Bajo esta decimonónica tesis, responsables de un implante dental mal colocado serían igualmente el odontólogo que lo colocó, el fabricante del implante, e incluso el que provocó la pérdida de la pieza para cuya recolocación hacía falta un implante.

La de la "*causalidad próxima*" enunciaba que la única contingencia trascendental era la inmediatamente anterior a la producción del daño. Aunque con más predicamento, tampoco ofrecía una solución general, sobre todo en casos con una causa inmediata discutible: piénsese en el laboratorio que suministra a un hospital un medicamento en mal estado, para que finalmente sea un facultativo el que se lo administre al paciente.

Fracasadas estas teorías, la doctrina de la "*causalidad adecuada*" invitaba al juzgador a no buscar una lógica predeterminada, sino a usar su "*buen sentido*" para detectar el antecedente del que a priori fuera estadísticamente razonable esperar que un efecto se produjera.

Sin entrar en mayores disquisiciones filosóficas, lo cierto es que en el campo de la responsabilidad civil médica, se hace difícil un análisis del nexo de causalidad entre un daño y

<sup>60</sup> Sintetizamos aquí las teorías que desarrolla YZQUIERDO TOLSADA (2001: 190 y ss.).

un agente con independencia o separadamente de un juicio de imputación o atribución de culpa sobre dicho agente, aunque lo primero sea una cuestión de hecho y lo segundo una cuestión de derecho.

## IV. LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

Una vez analizados los tres elementos de responsabilidad, estudiaremos los criterios por los cuales dicha responsabilidad puede imputarse al causante del daño.

### IV.1. Factores subjetivos de atribución

Los factores subjetivos de atribución son dos: la culpa o negligencia y el dolo. Se trata de criterios que atienden exclusivamente al ánimo del causante del daño, por lo que son válidos para cualquier tipo de responsabilidad civil, no sólo para la médica.

La culpa o negligencia, comienza diciendo el artículo 1104 CC, es "*la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*". Parece pues que, según este criterio, para atribuir la responsabilidad por la culpa habrá de estarse al caso concreto.

Sin embargo, el artículo añade que "*cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de expresarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia*", lo que parece un criterio opuesto al anterior, esto es, de tipo genérico.

Para algunos autores como LACRUZ, el Código cae aquí en una contradicción<sup>61</sup>. Otros, como BADOSA COLL ven compatibles los dos criterios: el principal sería el del párrafo 2º (la diligencia media del llamado *bonus pater familiae* o *reasonable and prudent man* del Derecho Anglosajón), pero si la naturaleza o las circunstancias de la obligación exigen una diligencia diferente (mayor, diríamos, en el caso de la responsabilidad de un facultativo médico), entonces ésta es a la que debe estarse<sup>62</sup>.

Esta atribución puede modularse en algunos casos. Por un lado, en los de "*resultado desproporcionado*". Piénsese en el facultativo que se deja el bisturí dentro del operado. Aunque el acto quirúrgico sea obligación de medios, existe una presunción desfavorable de

<sup>61</sup> LACRUZ BERDEJO (2000: 171).

<sup>62</sup> BADOSA COLL (1987: 274 y ss.).

---

culpa, pues "*la experiencia revela la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias del tiempo y del lugar*"<sup>63</sup>.

Por otro lado, puede ser que en determinadas ocasiones se atenúe la carga probatoria que pesa sobre el paciente demandante, por lo difícil de encontrarse en igualdad de condiciones que el facultativo en cuanto al acceso a los medios de prueba. Incluso se ha llegado a invertir dicha carga en virtud de la "*mejor posición probatoria*" del profesional<sup>64</sup>.

En cuanto al dolo, puede ser contractual o extracontractual. El primero consiste en la simple voluntad deliberada de incumplir un contrato. No requiere malicia o voluntad de dañar. El extracontractual, por el contrario, sí que implica voluntad de dañar.

El Código Civil, en su artículo 1102, atribuye siempre la responsabilidad mediando dolo del autor del daño. Sin entrar en mayores discusiones doctrinales, puede decirse que, en general, la culpa grave se asimila al dolo, como recoge el aforismo "*culpa lata, dolo aequiparatur*".

## IV.2. Factores objetivos de atribución

Como factores objetivos de atribución podemos destacar fundamentalmente dos: la "*lex artis*" y el consentimiento informado. Se trata de criterios que atienden a las circunstancias propias de la responsabilidad civil médica, por lo que son exclusivos de dicho campo.

En primer lugar, por "*lex artis*" se entiende "*aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico*"<sup>65</sup>. Por tanto no es un concepto fijo, sino que está en evolución conforme avanza la ciencia médica. Y no sólo implica el cumplimiento más o menos formal de unas técnicas previstas, sino su aplicación de acuerdo a los riesgos que corresponden a la naturaleza de cualquier intervención de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza.

La *lex artis ad hoc* se refiere al proceder estándar al que debe tender un acto médico concreto en función del estado de los conocimientos médicos de un tiempo concreto. Se trata de protocolos o parámetros de actuación para cada situación específica que están aceptados por la comunidad médica en general.

La *lex artis* médica supone un criterio de atribución de la responsabilidad porque, en unas determinadas circunstancias, la manera de saber si un acto ha sido negligente es compararla con el proceder estándar del resto de los médicos ante las mismas circunstancias.

---

<sup>63</sup> Así, Sentencia del TS de 2 de diciembre de 1996.

<sup>64</sup> Ídem que nota anterior.

<sup>65</sup> Así la definió la STS de 18 de diciembre de 2006.

---

En segundo lugar, en cuanto al consentimiento informado, se trata del documento en el que figuran los pormenores del tratamiento que el paciente va a recibir así como los posibles riesgos de éste, y en el que el paciente firma para autorizar dicho tratamiento y dejar constancia de que se le han explicado tales pormenores y riesgos.

Ya hemos dicho que, desde una visión tradicional o paternalista de las relaciones entre médico y paciente, se tenía a éste por mero sujeto pasivo del tratamiento, cuyo principal cometido era el de tener paciencia. De ahí su denominación como "paciente".

Modernamente, sin embargo, dentro del ámbito médico se ha vuelto a ensalzar el antiguo principio de la autonomía de la voluntad, el cual incide directamente en una más elevada consideración del consentimiento que el paciente otorga para que se le intervenga.

La STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3) dice de este consentimiento que se trata de "*un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia*". Para el Alto Tribunal, el no haber sido informado el paciente de los riesgos que podía acarrear la operación que se le iba a practicar conllevaba la vulneración de este derecho<sup>66</sup>.

Hasta hace poco, la única referencia a este derecho se encontraba en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, como corolario del respeto a la personalidad, a la dignidad y a la intimidad de las personas. Era una referencia escueta y sin sentido en una ley organizativa o administrativa.

Por ello fue suprimida para su desarrollo por una ley ad hoc: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante LAP).

En consecuencia, el clásico principio de beneficencia que presidía la actuación médica se acompaña ahora también del respeto a la autonomía del paciente, esto es, su derecho personalísimo a consentir o a rechazar la intervención que se le vaya a realizar: el médico no puede decidir por él. De hecho se regula quién ha de decidir por los pacientes que se hallan incapacitados para ello.

Para GARCÍA AZNAR, entre médico y paciente hay una corresponsabilidad en su relación. El facultativo es responsable de llevar a cabo una buena praxis, pero también de informar

---

<sup>66</sup> Incluso para esta sentencia, la carga de la prueba de la correcta información corresponde al facultativo.

correctamente al paciente de a lo que se expone. El paciente es responsable de asumir las consecuencias de su elección<sup>67</sup>.

Esto último supone indirectamente una salvaguarda para el médico, esto es, una legitimación de su actuación si ha sido correctamente asumida por el paciente. No se trata ya por tanto de excluir su antijuridicidad por medio de una firma del paciente, sino de informarle correctamente para hacerle corresponsable<sup>68</sup>: esta necesidad ha quedado así integrada en la propia *lex artis* como un criterio más de diligencia médica<sup>69</sup>.

Llegados a este punto, cabe plantearse dos supuestos: qué ocurre con el acto médico que, aun cuando el paciente había sido correctamente informado de los posibles riesgos, ha sido negligente; y qué ocurre con el acto médico que, aun diligente, ha sido realizado sin el previo consentimiento del paciente.

En cuanto al primero, por supuesto que el consentimiento del paciente no legitima cualquier acto del médico. Este factor debe ponerse en consonancia con el de la *lex artis ad hoc*, tal que un comportamiento contrario a ésta no puede legitimarse aduciendo ningún tipo de consentimiento. El paciente asume la responsabilidad de los riesgos inherentes a un determinado tipo de acto, considerado éste en abstracto. Pero no asume la responsabilidad de cómo se comporta el facultativo frente a esa situación.

En cuanto al segundo, al haberse integrado el consentimiento informado en la *lex artis*, si no se presta no puede decirse que el acto médico posterior sea verdaderamente diligente. Así se infiere del artículo 2.6 LAP, para el que "*todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente*".

No obstante, y volviendo al caso general, habiendo existido daño en la actuación, cabe preguntarse cuándo supone responsabilidad civil la ausencia de un correcto consentimiento.

Para parte de la doctrina, debe mediar una relación de causalidad entre la ausencia de información y el daño<sup>70</sup>. Piénsese en aquellos casos en los que el daño es fruto de una complicación posterior. Por mucho que el paciente hubiera sido informado correctamente de

<sup>67</sup> GARCÍA AZNAR (2000: 202).

<sup>68</sup> Ello sin perjuicio de que una intervención de urgencia siga justificada como caso de estado de necesidad.

<sup>69</sup> Así se ve por STS de 20 de septiembre de 2005 (2005/7503), STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059), STS de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007/396), STS de 29 de julio de 2008, STS de 21 de enero de 2009 y STS de 30 de junio de 2009.

<sup>70</sup> Así, las SSTS de 10 de noviembre y 16 de diciembre de 1997 y la STS de 27 de septiembre de 2001.

los riesgos "*estándar*", nadie le hubiese informado tampoco en función de una complicación surgida a posteriori pues entre ésta y el consentimiento no mediaba relación de causalidad.

Por contra, sí que hay clara relación de causalidad cuando el daño proviene precisamente de la omisión de información como cuando, tras una operación de vasectomía, se produce un embarazo no deseado ("*wrongful conception*") porque el facultativo no le ha explicado correctamente al paciente de las precauciones posoperatorias que debe adoptar, o cuando, análogamente, el traumatólogo no ha explicado al paciente el cuidado de la herida que tiene que realizar y ésta degenera finalmente en amputación de un miembro.

Para otros<sup>71</sup>, esta exigencia de nexo causal reduciría en exceso la responsabilidad por omisión de la necesaria información al consentimiento pues, en la mayoría de casos, probar este nexo es muy complicado. De exigirse el mismo, se correría el riesgo de volver a minusvalorar la autonomía del paciente en pos de una medicina exclusivamente benéfica. Según esta tesis, no habiendo habido consentimiento informado, basta que el paciente sufra luego un daño de los que se prevén a priori como posibles para que surja la responsabilidad civil médica.

Una tercera tesis, más radical, sería la que defiende que, más allá del valor como factor de atribución de responsabilidad o criterio de imputación, el consentimiento irregular pueda suponer directamente una lesión *per se* de los derechos de la personalidad del paciente, lesión por tanto indemnizable con independencia de que la intervención que luego se realice sea o no dañosa. Ya hemos analizado previamente la doctrina de la "*pérdida de oportunidades*", para la cual hay daño solamente por la negación del derecho a decidir libremente.

En cualquier caso, volviendo al caso general en el que haya habido daño en la actuación, la falta de información permite atribuir objetivamente dicho daño al facultativo aunque su actuación fuere la correcta, porque él asume los riesgos<sup>72</sup>. El paciente no tendría "*el deber jurídico de soportarlos*". Por contra, informado el paciente previamente de los posibles riesgos, es él quien asume el deber de soportar los daños que luego acaezcan<sup>73</sup>.

Finalmente, cabe mencionar dos modulaciones del consentimiento informado:

En primer lugar, la "*excepción terapéutica*", facultad excepcional recogida en el artículo 5.4 LAP, en virtud de la cual el médico puede actuar sin informar previamente al paciente cuando, por razones objetivas su salud pueda verse afectada severamente si llegase a conocer su verdadera situación. Aun así, la ley obliga a dejar constancia de ello en la historia clínica del paciente y a informar debidamente a sus familiares más cercanos.

<sup>71</sup> GALÁN CORTÉS (2001: 222 y ss.).

<sup>72</sup> Así, STS de 26 de septiembre de 2000 (RAJ 2000/8126).

<sup>73</sup> Así, STS de 11 de mayo de 1999.

En segundo lugar, el derecho a la no información, contemplado en el art. 4.1 LAP, supone la facultad de todo paciente de renunciar a ser informado de los riesgos y alternativas de la intervención que se le va a practicar. Este legítimo derecho no excluye, sin embargo, la necesidad de que el paciente preste su consentimiento a dichas intervenciones.

#### **IV.3. La responsabilidad por el hecho ajeno**

Se trata de ciertos criterios que otorgan la responsabilidad de una intervención médica a una persona distinta de la que la realizó. Podemos distinguir, por su diferente normativa, entre medicina privada y medicina pública, aunque el contenido de las regulaciones es similar.

Para el Código Civil, la responsabilidad no sólo puede exigirse al causante del daño, sino también a aquellas personas que, en virtud de determinadas circunstancias, deban responder por lo que haga tal causante. Así lo declara de forma genérica el artículo 1903, para después concretar en su párrafo tercero que los dueños o directores de un establecimiento o empresa (como puede ser cualquier hospital, clínica o consulta médica) son responsables "*de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones*".

Por tanto, para el caso de la medicina privada, el paciente puede reclamar directamente al centro sanitario por los daños que sus trabajadores le hayan ocasionado, salvo, como señala el último párrafo del artículo, cuando los dependientes del centro sanitario "*prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*".

Sin perjuicio de esta acción directa, existe luego una acción de repetición del centro sanitario contra el profesional, contemplada por el artículo 1904 CC: "*El que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de éstos lo que hubiese satisfecho*".

De manera similar, para la medicina pública, el artículo 36 LRJSP, establece un régimen de responsabilidad directa de las Administraciones Públicas por los daños que puedan ocasionar las autoridades y el personal que esté a su servicio.

Cuando una Administración indemniza al particular dañado, repetirá luego contra las autoridades y personal causantes del daño si hubiesen ocurrido bien en dolo, bien en negligencia o culpa graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento.

Dice el mencionado artículo que, para exigir esta responsabilidad se tendrá en cuenta, entre otros criterios: el daño que se haya producido, el grado de culpa, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del daño.

## SEGUNDA PARTE. EL SEGURO PROFESIONAL SANITARIO

### I. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y SEGURO PROFESIONAL

Como hemos venido analizando, la actividad médica conlleva para el profesional el riesgo de tener que indemnizar a un paciente por el daño que se le cause. En caso de suceder esto, el perjuicio patrimonial para el profesional podría ser considerable.

Trabajar día a día con esta espada de Damocles sobre su cabeza podría ser insufrible para el profesional, amén de restarle la tranquilidad necesaria para realizar el correcto desempeño de su profesión, lo que acarrearía un empeoramiento de la calidad de su servicio.

Frente a esta carga, concertar un seguro de responsabilidad civil con una aseguradora<sup>74</sup> conlleva el que, a cambio de pagar periódicamente a ésta una prima, el riesgo de que suceda el perjuicio se traslade desde el patrimonio del profesional hasta el patrimonio de la compañía, devolviéndole al primero la tranquilidad que necesitaba. Así las cosas, esta traslación se infiere del párrafo 1º del artículo 73 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), que dice que *"por el seguro de responsabilidad civil 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"*.

Pero, visto desde otro ángulo, el profesional obtiene otro beneficio de concertar un seguro, que se deriva de lo dispuesto en el artículo 74 LCS: *"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 occasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador"*. Así, que un seguro de responsabilidad civil incluya el hacerse cargo de la defensa jurídica supone también un desahogo para el profesional, muchas veces no lo suficientemente ponderado, pues los gastos de defenderse de la demandada, se gane o no, no son ni mucho menos desdeñables.

Sin embargo, y por paradójico que pueda parecer, el seguro médico no sólo aporta tranquilidad al profesional que lo suscribe, sino también al juez que tiene que decidir ante una

<sup>74</sup> El seguro de responsabilidad civil se regula en los artículos 73, 74 y 76 LCS.

reclamación en la que la culpabilidad, el nexo causal o la certeza del daño no están del todo claras, lo cual es inherente a la medicina, que, como es bien sabido, no es una ciencia exacta. En palabras de YZQUIERDO<sup>75</sup>: *"el seguro ha llegado a convertirse en un auténtico factor de atribución de la responsabilidad"* tal que, ante estos supuestos de dudosa solución, *"los jueces se encuentran más propensos a condenar si detrás del demandado se halla una compañía de seguros"*. La cosa se agrava si, con motivo de esta propensión, cualquier persona que vea frustrada sus expectativas médicas se anima a reclamar. Ello tiene como consecuencia, en palabras de este autor, *"un enorme encarecimiento de las primas y, por último, de los productos y servicios ofrecidos por quienes las soportan. Peligrosa espiral en la que termina siendo la colectividad en su conjunto la que asuma sus consecuencias"*.

Quizá este juicio, que tiene su parte de razón, se hizo en un momento en el que todavía no había despegado del todo la medicina privada a gran escala. Y es que en los últimos años, en sectores como la odontología o la cirugía estética, han proliferado las llamadas "cadenas", esto es, grandes empresas que, bajo una misma marca, tienen centros abiertos al público por toda la geografía española, siendo que, a mayor escala, mayores son los riesgos de producir daños a más gente.

Es en este punto donde tampoco puede negarse que el seguro de responsabilidad civil médica, una vez generalizada su aceptación, desempeña una importante *función social*, pues permite que todos los dañados puedan acceder a una indemnización gracias a que su riesgo se ha repartido entre muchas personas.

Así las cosas, la necesaria subida generalizada de precios a los consumidores finales para que los centros privados, a su vez, puedan costear las altas primas que han de pagar por tener unas pólizas que, de nuevo a su vez, puedan cubrir todas las eventualidades que puedan llegar a surgir, supone un esquema de reparto del riesgo similar al del sector público, en el que toda la sociedad contribuye a costear los tratamientos de parte de ella. Es más, lo mismo que en el sector público no se contribuye en función del uso de la sanidad sino en función de otros criterios de redistribución, tampoco en este esquema *precio-prima de seguro-indemnización* recibe más quien paga un tratamiento más caro, sino quien sufre un daño mayor. De ahí la función social del seguro de responsabilidad civil médica.

En cualquier caso, lo primero que debemos plantearnos es cuánto y cómo de obligatorio es tener previsto algún tipo de cobertura de la responsabilidad civil médica para que esta función social pueda hacerse realmente efectiva en la práctica.

<sup>75</sup> YZQUIERDO TOLSADA ( 2001: 511- 512).

## II. LA OBLIGATORIEDAD DE LA COBERTURA

La sanidad es una materia cuya competencia legislativa puede ser asumida por cada Comunidad Autónoma, según el artículo 148.1.21 de la Constitución Española. Si bien el Estado tiene competencia exclusiva sobre las bases y coordinación de la Sanidad, según el artículo 149.1.16 de nuestra Carta Magna.

En el ejercicio de esta competencia básica, el Estado dictó, entre otras normas sanitarias<sup>76</sup>, el RD 1277/2003, de 10 de octubre, que establecía unas bases generales sobre las autorizaciones de instalación, funcionamiento, modificación o cierre de centros sanitarios, tanto públicos como privados, de cualquier clase y naturaleza, con alguna excepción<sup>77</sup>.

Ahora bien, la norma dejaba a las CCAA regular dichas autorizaciones para los centros que estuviesen ubicados en su ámbito territorial, especificando la documentación que debiera ser aportada por los solicitantes y pudiendo desarrollar los requisitos mínimos que estableciese el Estado por medio de RD.

Podía haberse aprovechado la ocasión para incluir entre los requisitos mínimos la obligatoriedad de que todos los centros, tanto públicos como privados tuviesen constituida alguna cobertura sobre los posibles daños que pudieran sufrir los pacientes en dichos centros o a consecuencia de la actuación de los profesionales que trabajasen en ellos.

Sin embargo, tal RD nunca llegó<sup>78</sup>. Lo que sí llegó, y también en ejercicio de la competencia estatal básica del artículo 149.1.16 de la Constitución, fue la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (en adelante LOPS), que estableció la mencionada obligatoriedad, pero sólo para el sector privado.

### II.1. El artículo 46 de la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias

En España, para todo el ámbito sanitario privado, rige el artículo 46 LOPS, cuyo párrafo primero establece: *"Los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia*

<sup>76</sup>Como la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, sin perjuicio de que luego las CCAA fueron dictando posteriormente sus propias leyes de sanidad.

<sup>77</sup> Los establecimientos dedicados a la distribución, importación o elaboración de medicamentos o productos sanitarios y a los servicios y unidades técnicas de protección radiológica.

<sup>78</sup> Lo más cerca que se ha estado ha sido de un Proyecto de RD de 2014, sobre bases generales y requisitos mínimos de autorización de centros sanitarios, cuya última actualización fue en 2017 y que puede consultarse en el Portal de transparencia de la Administración General del Estado, en el siguiente enlace web: <http://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normaelaboracion.htm?id=NormaEVR-34865&lang=es&fcAct=2017-04-17T08:43:34.766Z>

---

*sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios".* En este precepto hay varios aspectos a analizar.

En primer lugar, lo más evidente es la necesidad de que cada profesional sanitario del sector privado tenga una cobertura individual o independiente de la que pueda tener el centro donde preste sus servicios.

Esta obligatoriedad responde fundamentalmente a dos motivos. Por un lado, porque puede que las pólizas de las sociedades médicas excluyan el dar cobertura a la responsabilidad civil personal de los profesionales que trabajan en ellas, aunque excepcionalmente algunas contratan una cobertura general para sus profesionales. Por otro lado, porque es algo relativamente frecuente el que el profesional trabaje para varias sociedades tal que, si suscribe su propio seguro, no ha de estar pendiente de las posibles eventualidades que experimenten las pólizas de cada una de las sociedades para las que trabaje.

En segundo lugar, hay que destacar la obligatoriedad de que tengan cobertura también las sociedades. De hecho, el precepto no se ciñe en concreto a las "sociedades", sino que obliga en general a *"las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios"*, término más amplio, que incluye también, por ejemplo, a las comunidades de bienes, que constituyen una forma jurídica extendida en la medicina privada a pequeña escala (así, una consulta que lleven dos otorrinos, o una clínica de dos odontólogos particulares, etc.).

Esta obligatoriedad se basa en que *la persona jurídica*, como hemos analizado en el epígrafe de la naturaleza de las relaciones médico-paciente, es susceptible de ser demandada o codemandada junto al facultativo que realizó el acto médico que el paciente considera dañoso. De hecho, en los casos de sociedades grandes, muchas veces esto es lo habitual, pues al paciente le es más fácil localizar a la sociedad que a cada uno de los profesionales que en su momento le atendieron y que incluso puede que ya no trabajen allí.

En tercer lugar, hemos de detenernos en que la exigencia de cobertura que el precepto realiza tampoco se ciñe a la concreta forma de contrato de seguro. Lo cierto es que, literalmente, obliga a suscribir *"el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera"*, por lo que la obligatoriedad podría decirse que es de tener cobertura, pero no de que ésta concretamente haya de revestir la forma de un contrato de seguro.

Sí se exigió, posteriormente, la concreta cobertura por medio de contrato de seguro para el

caso de que la persona jurídica que prestase el servicio sanitario revistiese la forma de sociedad profesional, pues el artículo 11 de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales establece que "*(...) las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social*".

Paralelamente, alguna Comunidad también ha establecido la obligatoriedad, en la medicina privada de su ámbito territorial, de que la cobertura bien de los profesionales, bien de la personas jurídica para la que trabajen, o bien la de ambos, se haga mediante la concreta forma de póliza de seguro. Así lo veremos a continuación respecto de Cantabria, Asturias, Cataluña, Madrid, La Rioja o Extremadura.

## II.2. La legislación autonómica

Las CCAA, en desarrollo del RD 1277/2003, de 10 de octubre, han podido elegir cada una por separado si exigir o no un seguro de responsabilidad civil (u otra cobertura de riesgos similar) para autorizar que cualquier centro o establecimiento sanitario de su ámbito territorial entrase en funcionamiento.

Hay que decir, en primer lugar, que todas las CCAA han promulgado su respectivo decreto de autorización de centros y establecimientos sanitarios en general<sup>79</sup>. Pero, en segundo lugar, sólo algunas han optado por exigir algún tipo de cobertura, y ésta siempre ha sido póliza de seguro y no otra. Pues bien, dado que estos decretos tienen por ámbito de aplicación tanto los centros públicos como los centros privados, podría plantearse si, para estos últimos, no se está vulnerando la legislación básica (artículo 46 de la LOPS) que, como hemos visto, permite también que la cobertura se establezca por medio de aval u otra garantía financiera. Veamos las legislaciones en detalle.

Algunas CCAA requieren cobertura tanto del centro sanitario como de cada profesional que ejerce en él su actividad.

En Cantabria, el Decreto 26/2014, de 29 de mayo, para "*todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en la Comunidad Autónoma de Cantabria, públicos y privados, de cualquier clase y naturaleza*" (artículo 3), requiere que la autorización de

<sup>79</sup> Decimos en general porque algunos sectores suelen quedar, según qué Comunidad Autónoma, al margen de estos decretos, en pro de una legislación específica. A título de ejemplo, podemos citar las farmacias, los servicios de protección radiológica, las distribuidoras de medicamentos, o los laboratorios protésicos.

---

funcionamiento vaya acompañada, entre otra documentación, de "l) *Póliza de responsabilidad civil de los profesionales sanitarios o certificación de posesión de la misma expedida por el centro, servicio o establecimiento sanitario en el que vayan a ejercer su actividad; m) Póliza de responsabilidad civil del centro o establecimiento sanitario*"(artículo 11).

En Asturias, el Decreto 55/2014, de 28 de mayo, "todos los centros y servicios sanitarios, públicos o privados y de cualquier clase y naturaleza, en el ámbito territorial del Principado de Asturias, independientemente del tiempo de duración de la prestación" (artículo 1), requiere que la autorización de funcionamiento vaya acompañada, entre otras cosas, de "n) Documentación que acredite el aseguramiento de la responsabilidad civil del centro o servicio sanitario así como la responsabilidad civil profesional" (artículo 18).

En Cataluña, el Decreto 151/2017, de 17 de octubre, para " los centros y servicios sanitarios ubicados en el territorio de Cataluña, ya sean de titularidad pública o privada" (artículo 2), exige para la autorización sanitaria de funcionamiento, entre otra documentación, "o) Declaración responsable sobre la suscripción de póliza de seguro de responsabilidad civil que cubra los daños que se puedan ocasionar a terceros en sus instalaciones y en el desarrollo de sus actividades sanitarias" (artículo 24.2).

En Madrid, el Decreto 51/2006, de 15 de junio, para "los centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos o privados, de cualquier clase o naturaleza, ubicados en la Comunidad de Madrid" (artículo 1) requería, hasta este año, que la autorización de funcionamiento fuese acompañada, entre otra documentación, de "b) (...) aportación de la póliza de responsabilidad civil de los profesionales sanitarios que ejerzan su actividad profesional en los mismos; c) Póliza contractual de seguros, del continente y contenido del centro, servicio o establecimiento sanitario"(artículo 10). Sin embargo, la letra c) ha sido eliminada por el Decreto 86/2018, de 12 de junio, que entró en vigor este 4 de julio de 2018, con lo que sólo queda la obligación para los profesionales sanitarios.

Otras CCAA sólo exigen cobertura respecto de los profesionales que trabajan en los centros.

En La Rioja, el Decreto 80/2009, de 18 de diciembre, para "los centros, servicios y establecimientos sanitarios, públicos y privados, de cualquier clase o naturaleza, ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de La Rioja" (artículo 1), requiere que la autorización de funcionamiento vaya acompañada, entre otra documentación, de "fotocopia compulsada de la póliza de responsabilidad civil profesional del personal sanitario que ejerza la actividad" (Artículo 10.2. letra c) número III)

En Extremadura, el Decreto 37/2004, de 5 de abril, para "los centros, establecimientos y

---

*servicios sanitarios, públicos y privados, de cualquier clase o naturaleza, ubicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura" (artículo 2), entre la documentación requerida para la autorización de funcionamiento exige "b) Seguros de responsabilidad civil de los profesionales que ejerzan la actividad" (artículo 11.2).*

Finalmente, la legislación de otras CCAA, las once restantes, entre la documentación requerida para la autorización de funcionamiento de los centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en su respectivo territorio, no exige ningún tipo de cobertura obligatoria para la responsabilidad civil que pueda llegar a surgir. Así sucede en: Andalucía (Decreto 69/2008, de 26 de febrero); Aragón (Decreto 106/2004, de 27 de abril); Baleares (Decreto 100/2010, de 27 de agosto); Canarias (Decreto 68/2010, de 17 de junio); Castilla y León (Decreto 49/2005, de 23 de junio); Castilla La Mancha (Decreto 13/2002, de 15 de enero de 2002); Comunidad Valenciana (Decreto 157/2014, de 3 de octubre, desarrollada por la Orden 7/2017, de 28 de agosto); Galicia (Decreto 12/2009, de 8 de enero, actualizado por Decreto 42/2014, de 27 de marzo); Murcia (Decreto nº 73/2004 de 2 de julio); Navarra (Decreto foral 214/1997, de 1 de septiembre); País Vasco (Decreto 31/2006, de 21 de febrero).

### **II.3. La efectividad de la obligatoriedad**

Como hemos visto, para el sector privado, el artículo 46 LOPS ordena la doble cobertura, tanto de los profesionales sanitarios como de las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten servicios sanitarios. Sin embargo, a día de hoy, la legislación de once de las diecisiete CCAA no contempla esta exigencia a la hora de otorgar las licencias, por lo que malamente se puede cumplir esa función social de la que hablábamos al principio. Piénsese en el odontólogo que quiere abrir una clínica sin haber concertado seguro alguno. Ninguna de estas once administraciones se lo exigiría.

Desgraciadamente la situación es aún peor, porque tanto en esas once CCAA como en las otras seis que sí que exigen el seguro de responsabilidad civil para otorgar la licencia, una vez que comienza el funcionamiento del centro privado, nadie se encarga de comprobar si la póliza se va renovando año a año. En efecto, ninguna legislación autonómica ha establecido organismos de control o seguimiento de que las pólizas que se exhibieron al empezar a funcionar el centro sigan después en vigor.

En estos días, ha sido muy sonado en los medios de comunicación el caso de las clínicas IDENTAL. Esta cadena, que tenía centros por toda España con miles de clientes, dejó de

tener en abril de este año seguro de responsabilidad civil por impago de la prima. Esto se debía, a su vez, a la ruinosa situación económica de la empresa, que terminó por cerrar, dejando miles de afectados, con daños en su boca, que no pueden reclamar a ningún seguro ni a una empresa que ha sido declarada en concurso. Otra vez, la función social queda en entredicho por no haber podido llevarla de manera efectiva a la práctica.

A nuestro entender, no sería tan complicado para las CCAA el llevar un seguimiento. Bastaría con llevarlo tan sólo de las pólizas de los centros y no de las de los profesionales sanitarios. Esto tendría dos ventajas. Por un lado, haría la tarea más asequible, pues el número de centros es siempre por definición muy inferior al número de profesionales que trabajan en ellos. Por otro lado, permitiría a los afectados en un caso como en el de IDENTAL el poder dirigirse a tiempo, de ser posible, contra la aseguradora de los profesionales.

Recordemos que el plazo para reclamar a ésta sería de un año, pues la relación con el profesional de una cadena es extracontractual (la relación contractual es con la cadena). A muchos afectados de IDENTAL les pasó que, cuando se destapó la falta de renovación del seguro de los centros que se había ocultado, ya había pasado el año de prescripción de la responsabilidad extracontractual.

Todo ello dejando a salvo la vía penal, con sus especialidades propias, pero inadecuada, en el fondo, cuando el paciente sólo busca que se le compense lo que le va a costar el arreglarse la boca en otra clínica.

### III. LA ACCIÓN DIRECTA

El artículo 76 LCS establece: *"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".*

La ley concede de esta manera al perjudicado por la negligencia médica un derecho *propio*<sup>80</sup> para reclamar directamente a la compañía aseguradora (con quien no le une relación ni contractual ni extracontractual) lo que le correspondería reclamar al asegurado que le causó el daño. Si bien lo normal es codemandar a ambos, con el objeto de que en un solo proceso se declare la existencia de la obligación de indemnizar al asegurado y la indemnización que debe realizar la compañía.

En cuanto a la legitimación activa que señala este artículo (el perjudicado o sus herederos), la doctrina entiende que no es exhaustiva, pues podrían ejercitar dicha acción también los que, por el mismo motivo, pudiesen demandar también al asegurado. Piénsese, por ejemplo, en los parientes del paciente a quienes les haya afectado su muerte. No reclamarían como herederos del perjudicado, sino como perjudicados propiamente.

### III.1. Objeciones y excepciones

Respecto de la inmunidad de las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, tampoco se trata de una regla totalmente absoluta. Sin entrar en mayores debates doctrinales, y siguiendo a la doctrina clásica<sup>81</sup>, podemos diferenciar entre: "*excepciones*" (alegaciones de hechos que permiten a la aseguradora no tener que hacerse cargo de una responsabilidad que sí que existe) y "*objeciones o excepciones impropias*" (alegaciones que directamente niegan la responsabilidad).

Así, en primer lugar, como *objeciones o excepciones impropias*, que son oponibles por la compañía aseguradora al perjudicado se suelen distinguir por la doctrina:

- a) la inexistencia de responsabilidad civil (por no darse los elementos analizados: acción u omisión, daño, relación causal y factor de atribución);
- b) la inexistencia de seguro (por error en la determinación de la compañía, o porque la relación entre seguro y asegurado se extinguió antes de surgir la responsabilidad que se reclame);
- c) la inexistencia de cobertura (por haberse rebasado ya el quantum de la póliza o por existir alguna cláusula de delimitación del riesgo, como las de futuro o las retrospectivas).

En este sentido, para la STS de 8 de marzo 2007 (RJ 2007/1527), la acción directa "*no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos*

<sup>80</sup> Propio en el sentido de que no es el mismo que tendría contra el asegurado. Así lo entienden ya doctrina y jurisprudencia modernas. Por todas, la STS de 12 de noviembre 2013 (RJ 2013, 7865).

<sup>81</sup> SÁNCHEZ CALERO, (1990: 652 y ss.).

*que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado pues en tal caso (...) se llegaría a la conclusión inadmisible de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada"<sup>82</sup>.*

En segundo lugar, como *excepciones propias*, que sean *oponibles* por la compañía aseguradora al perjudicado se suelen distinguir:

- a) la prescripción de la acción (según la responsabilidad del causante del daño sea extracontractual o contractual);
- b) la culpa exclusiva del perjudicado (así lo dice literalmente el artículo 76; más debate genera esta culpa si fuese concurrente con la conducta del asegurado);
- c) la conducta de tercero (pues de los actos de éste no tiene obligación de responder);
- d) el pago (esto es, que ya se hubiese producido el mismo);
- e) la compensación (por deuda anterior del perjudicado a la compañía aseguradora).

En cuanto a las *excepciones inoponibles*, a ellas son a las que verdaderamente se refiere el artículo 76 al decir que "la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado".

Se trata de todas aquellas que, siendo oponibles por la compañía al asegurado, no pueden, sin embargo, oponerse al perjudicado.

En la ley se detallan varias, como por ejemplo: inexactitud en cumplimentar la póliza (artículo 10); impago de las primas (artículo 15); no comunicar el siniestro (artículo 16), etc.

Pero el principal ejemplo de inoponibilidad al perjudicado es el caso de dolo del asegurado. Aunque el dolo no sea asegurable, esta circunstancia no lo hace oponible al perjudicado. Pasemos a analizarlo separadamente.

### **III.2. La inoponibilidad del dolo**

La incertidumbre (*alea*), es la causa de los *contratos aleatorios*, en los que la contraprestación depende del azar, a diferencia de los *contratos comutativos*, en los que la contraprestación está previamente fijada.

<sup>82</sup> En igual sentido, la STS de 15 de febrero de 2006 (RJ 2006, 2940); la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2349); STS de 22 noviembre 2006 (RJ 2007, 297) y la STS de 23 de abril de 2009 (RJ 2009, 3164).

---

Siguiendo el propio concepto de contrato aleatorio que da el artículo 1790 CC, podríamos conceptualizar cualquier modalidad de contrato de seguro como aquél por el cual una de las partes (la aseguradora) se obliga a realizar una prestación (indemnizar) en equivalencia de lo que la otra parte (el asegurado) ha de dar (la prima) *para el caso de un acontecimiento incierto* (el siniestro).

Por tanto, una cosa es que el asegurado intuya que el siniestro vaya a darse en algún momento, de ahí que contrate el seguro, y otra diferente es que lo provoque deliberadamente, a sabiendas de que no lo va a pagar él, sino un tercero. En este último caso, el doloso, el siniestro deja de ser un hecho incierto, lo que va contra la propia naturaleza del contrato. De ahí que la propia LCS, en su artículo 19, se encargue de eximir a la aseguradora en estos casos, señalando inequívocamente que: "*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*". En este sentido, muchas pólizas de seguros suelen excluir de la cobertura los perjuicios que el asegurado haya ocasionado de mala fe o dolosamente. Piénsese en el caso del profesional que, tras una discusión con un paciente, le causa deliberadamente un daño.

Ahora bien, dicho todo esto para los seguros en general, lo cierto es que el legislador de 1980, ya dentro del estado social que trajo la Constitución de 1978, quiso dotar especialmente al seguro de responsabilidad civil de una *función social* que contribuyese a la protección de las víctimas, por encima incluso de los pactos y excepciones que pudiesen darse entre compañía y asegurado. Y así estableció la acción directa del artículo 76 LCS, de la que dice, literalmente, que la tiene el perjudicado "*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*".

¿Qué sentido tendría este derecho de repetición que se otorga a la aseguradora para el caso de dolo del asegurado si no fuese porque la aseguradora no lo puede oponer al perjudicado? Así lo ha entendido igualmente la STS de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1199) para la que no se trata de defender que el dolo sea asegurable, sino de que la aseguradora tiene una obligación *ex-lege*, que no le permite oponer cláusula alguna de exclusión de cobertura por razón de la gravedad de la conducta del asegurado o dolo de éste.

En definitiva, se trata de que no sea el perjudicado el que, además de sufrir la mala fe de un profesional, encima cargue con esta circunstancia.

En cuanto al concreto caso de *conducta grave del asegurado* (piénsese en el caso del médico que acude ebrio a operar y, aunque sin mala fe, causa un daño al paciente) se trata de una cuestión más debatida pues, al artículo 76 no concede a la aseguradora el derecho a repetir en

---

caso de "*conducta culposa*", sino en caso de "*conducta dolosa*".

Sin embargo, también debería ser inoponible al perjudicado la culpa grave, siguiendo la máxima de que "*culpa lata dolo aequiparatur*", por el motivo de que, si al perjudicado no le es oponible lo mayor (dolo), con más motivo no le será oponible lo menor (la culpa). En este sentido lo entienden, entre otras, la STS de 26 de noviembre de 2006 (RJ 2007/ 297) la citada STS de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1199).

Podría plantearse que la inoponibilidad del dolo supone para la aseguradora un perjuicio importante: el asumir más prestaciones de las que había provisionado cuando concertó las pólizas que excluían la responsabilidad por dolo. Sin embargo, el impacto para la aseguradora es menor del que puede pensarse a primera vista.

Y es que, además de que la aseguradora puede repetir contra el asegurado (sociedad médica), como éste lo normal es que fuese responsable<sup>83</sup> por la vía del artículo 1903 CC (es decir, por la responsabilidad de los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes) y dado que, a su vez, el artículo 1.904 prevé la repetición del dueño contra el dependiente, al final, por la vía del artículo 1904, la aseguradora de la sociedad puede repetir contra la aseguradora del profesional, produciéndose el efecto curioso de la distribución de riesgos entre las aseguradoras.

## IV. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Siguiendo el esquema clásico analizaremos los distintos elementos del seguro de responsabilidad civil en el ámbito médico sanitario.

### IV.1. Elementos personales

#### a) La compañía aseguradora.

Se trata de la persona que percibe una prima periódica a cambio de cubrir el riesgo, esto es, la posible obligación de responsabilidad civil por el daño causado a cualquier paciente. Si esto se produce, es quien debe pagar la indemnización.

Según el artículo 27 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras debe ser una empresa dedicada en exclusiva a

---

<sup>83</sup> Con la excepción, como hemos analizado, de que la responsabilidad sea ocasionada por la propia clínica (por mala gestión, deficiencias de las instalaciones, etc.).

esta actividad y que adopte la forma de Sociedad Anónima, Sociedad Anónima Europea, Mutua de seguros, Cooperativa, Cooperativa Europea o Mutualidad de previsión social.

En el ámbito sanitario español nos encontramos con múltiples compañías aseguradoras dedicadas a la responsabilidad civil médica, tanto del sector privado como del sector público.

En España, tras la reciente retirada de la aseguradora Zurich de este sector, las compañías más preponderantes son Segur Caixa Adeslas y Sham. Se espera que fortalezcan aun más su posición con la posible retirada del mercado de AIG y de MAPFRE.

La salida de las compañías se debe a los altos costes que les supone esta actividad. Ya se ha dado en más de una ocasión el quedar desierto el concurso público que se ha abierto para optar a la cobertura sanitaria autonómica.

#### b) El asegurado

En el seguro de responsabilidad civil, el asegurado es la persona que disfruta de la cobertura de su patrimonio frente al riesgo que pueda sufrir. A cambio del pago periódico de la prima, traslada dicho riesgo al patrimonio de la aseguradora.

En el ámbito sanitario tenemos como posibles asegurados: los sistemas de salud de las CCAA; los centros sanitarios privados; los profesionales sanitarios públicos y, finalmente, los profesionales sanitarios privados.

Por otro lado, si el asegurado es quien contrató la póliza con la aseguradora, hace también las veces de tomador. Pero en ocasiones el tomador del seguro es otra persona, que contrata con la aseguradora y firma la póliza en nombre del asegurado. En este caso le corresponden las obligaciones y deberes derivados del contrato (excepto las que sean propias del asegurado, como la comunicación del siniestro a la aseguradora).

En ocasiones, los centros sanitarios privados contratan el seguro a través de un tomador, que suele ser una correduría, figura de origen anglosajón que se encarga de buscar el seguro más atractivo para el asegurado y de intermediar entre éste y la aseguradora.

En cuanto a los sistemas de salud públicos, la situación es compleja. Por un lado, ya hemos visto que no hay una obligación general para todas las CCAA de que centros y profesionales del sector público tengan concertadas sus respectivas pólizas. Solamente algunos decretos autonómicos establecen esta obligatoriedad para conceder la licencia de funcionamiento a un nuevo centro (Cantabria, Asturias, Cataluña).

Pero para todos los hospitales y centros ya existentes, cada Comunidad Autónoma contrata individualmente la cobertura de su sanidad al margen del resto. En España las aseguradoras que cubren los sistemas sanitarios autonómicos son: Segur Caixa Adeslas (Baleares,

Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla León, Ceuta, Melilla, Comunidad Valenciana, Extremadura, La Rioja y Navarra); Sham (Madrid, País Vasco y Cataluña); AIG (Andalucía y Murcia); MAPFRE (Aragón); Axa-XL (Galicia) y Asegurup (Asturias). La única Comunidad sin ningún tipo de cobertura es Canarias.

La cobertura se contrata para toda la responsabilidad civil del sector.

El principal problema, como hemos anunciado ya, es que el elevado coste para las aseguradoras está haciendo que el sector se esté empezando a vaciar. Algunas voces autorizadas hablan de que vamos hacia modelos en los que los sistemas sanitarios públicos no tengan cobertura. Esta cuestión tiene dos implicaciones:

Por un lado, sería necesario avisar a todos los médicos y profesionales públicos de una Comunidad en caso de que el gobierno de la misma deje de pagar la póliza existente y la sanidad se quede sin seguro. Recientemente esto pasó en Andalucía, y los médicos no sabían que trabajaban en centros sin cobertura de responsabilidad civil (con independencia de que cada profesional tuviera o no un seguro propio).

Por otro lado, se plantea hasta qué punto esta cobertura general es necesaria. En centros privados sí tiene más sentido, pero hay que tener en cuenta que la responsabilidad de la administración es directa, conforme se regula en la LRJSP. Y la administración tiene capacidad suficiente para hacer frente a con su patrimonio a las reclamaciones, sobre todo si emplea el que hasta ahora está utilizando para pagar primas millonarias por las pólizas.

En fin, que hay CCAA como Canarias que no tienen una póliza para su Sanidad Pública y ahí están. Y puede que en los próximos años sean más. De hecho, en los últimos tiempos, Andalucía y Valencia han estado intermitentemente sin cobertura.

Sin embargo también cabe plantear lo contrario. Para las CCAA, una cuestión muy ventajosa (que ya hemos apuntado antes) es la labor que la hacen los servicios jurídicos de las aseguradoras que tienen adjudicadas las pólizas de las sanidades públicas. Por un lado, supone no tener que emplear fondos en servicios jurídicos, pues ya vienen incluidos en la cobertura. Además, al tratarse de profesionales especializados, sirven de pantalla para intentar parar todas las reclamaciones posibles que puedan hacerse. Y en último término asumen las costas de los largos procedimientos.

En conclusión, que para una Comunidad, que tiene más presupuesto que la mayoría de las empresas, no le es tan rentable la cobertura de responsabilidad civil, que le sale por una prima millonaria, cuando ella misma puede hacer frente a las indemnizaciones. Si bien, por un lado las aseguradoras ponen los servicios jurídicos que hacen frente a las reclamaciones, y por otro lado tratan de minimizar las indemnizaciones, suponiendo ambas cosas un ahorro.

## IV.2. Elementos reales

### a) El quantum a asegurar

El párrafo 2º del artículo 46 LOPS dice que "*las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de los agentes del sector*".

A diferencia de otras regulaciones sectoriales en las que se prevén unos criterios de determinación de un quantum mínimo a asegurar, el precepto dejó abierta la cuestión al desarrollo normativo de cada Comunidad.

Sin embargo, a día de hoy, y por sorprendente que pueda parecer, ninguna ha venido a establecer unos criterios en este sentido, por lo que queda a discrecionalidad de cada asegurado el pactar con la aseguradora el límite de la póliza, esto es, cuál es la cantidad hasta la que debe responder el seguro en caso de responsabilidad civil.

Normalmente son las compañías aseguradoras las que recomiendan, al potencial asegurado que vaya a contratarlas, un quantum de cobertura de la póliza en función de varios aspectos.

Por un lado, el nivel de riesgo de los actos médicos que realicen los profesionales de la sociedad. Como ya hemos mencionado en este trabajo, las exigencias obligacionales no son las mismas en el caso de la medicina curativa o asistencial que en el caso de la satisfactiva o voluntaria. Y dentro de éstas modalidades, el riesgo varía en función de si las especialidades de los profesionales son médicas o quirúrgicas: no es lo mismo cirugía que medicina general. Por otro lado, las compañías tienen en cuenta el volumen de facturación de las sociedades tal que, a mayor actividad, mayor riesgo de posibles reclamaciones.

### b) La defensa jurídica

Una práctica habitual en el sector de los seguros médicos es el incluir en las pólizas de responsabilidad civil un seguro de defensa jurídica.

Conforme al artículo 76.a. LCS, "*por el seguro de defensa jurídica, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a hacerse cargo de los gastos en que pueda incurrir el asegurado como consecuencia de su intervención en un procedimiento administrativo, judicial o arbitral, y a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro*".

De esta forma, las clínicas privadas contratan no sólo la cobertura, sino también una asesoría jurídica especializada (los abogados de la aseguradora) que les lleve las reclamaciones de

---

responsabilidad civil que puedan hacerles.

Por otro lado, en cuanto al sector público, ya hemos visto que esta cuestión está bien considerada en las pólizas que dan cobertura a cada sanidad autonómica.

En cuanto a la posibilidad de aseguramiento de la inhabilitación profesional, en los últimos años empieza a ser habitual que las pólizas de responsabilidad civil médica extiendan su cobertura a los supuestos de inhabilitación profesional del facultativo. Se trata de una especie de subsidios de hasta 6.000 euros al mes que cubren la pérdida de ingresos de un profesional a consecuencia de la pena de inhabilitación que se impone siempre que se condena por un delito de homicidio, aborto o lesiones por imprudencia profesional.

Sin embargo, esta práctica está prohibida por el artículo 76.b. LCS, que establece que: *"Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales"*.

Ahora bien, las compañías aseguradoras justifican la inclusión de esta figura en las pólizas diciendo que no se está asegurando una multa, sino que se asegura la pérdida de ingresos, igual que, para el sector automovilístico, en las pérdidas de carné aseguran el perjuicio de no disponer del vehículo.

De todas formas, esta práctica está prohibida en muchos países y hay propuestas para prohibirla más expresamente en España.

#### **IV.3. Elementos temporales**

En este punto es necesario precisar algunos conceptos previos.

En la póliza del contrato de seguro, como prescribe el artículo 22 LCS, debe figurar su duración. Si durante este plazo de duración del contrato surgiese un hecho que pueda dar lugar a la obligación de indemnizar, conforme el artículo 73, la aseguradora se obliga a responder de él. En la mayoría de los casos, la reclamación del perjudicado se dará también dentro de este período.

Pero cabe preguntarse qué ocurre si alguno de esos dos hitos (el hecho dañoso y la reclamación) estuviese, temporalmente hablando, fuera del período de cobertura. Así las cosas, encontramos dos casos diferentes.

El primero sería que el hecho determinante de la responsabilidad estuviese dentro del período de cobertura pero la reclamación por el mismo se diese, ya un tiempo después, fuera de dicho período. En principio también debe responder la aseguradora, salvo que en la póliza se haya

incluido alguna cláusula (llamadas cláusulas de futuro) que ponga un límite temporal posterior a partir del cual la aseguradora se reserve el derecho de no responsabilizarse de las reclamaciones.

El segundo caso sería que el hecho determinante de la responsabilidad fuese anterior al período de cobertura pero la reclamación por el mismo se diese, ya un tiempo después, dentro de dicho período. En principio también debe responder la aseguradora, salvo que en la póliza se haya incluido alguna cláusula (llamadas cláusulas retrospectivas) que ponga un límite temporal anterior, antes del cual la aseguradora se reserve el derecho de no responsabilizarse de los hechos dañosos.

El párrafo 2º del artículo 73 LCS impone que las cláusulas de futuro no puedan poner una limitación temporal menor de un año desde que terminó el período de cobertura y que las retrospectivas no puedan poner una limitación temporal menor de un año antes de que empezase dicho período<sup>84</sup>.

## V. LA RECLAMACIÓN

### V.1. La comunicación del siniestro

El artículo 16 LCS impone bien al tomador del seguro, bien al asegurado, bien al beneficiario, el deber de comunicar a la compañía aseguradora el acaecimiento del siniestro en el plazo máximo de siete días de haberlo conocido, salvo pacto de un plazo más amplio.

Es esta una obligación que la ley conceptúa de forma evidentemente genérica, con el fin de que se ajuste a cualquier tipo de contrato de seguro. Pero en la concreta modalidad del seguro de responsabilidad civil médica, la práctica se vuelve más compleja. Sobre todo en el caso del sector privado.

De entrada, el potencial beneficiario, que aquí sería el paciente dañado por un acto médico, no tiene manera alguna de conocer cuál es la compañía aseguradora de la clínica en la que se le ha atendido y, mucho menos, la de los profesionales que le han tratado, pues, como hemos dicho antes, cuando toma conciencia de que se le ha producido el daño y acude al centro a pedir explicaciones, muchas veces dichos profesionales ya ni trabajan allí. No pudiendo

<sup>84</sup> La STS de 26 de abril 2018 ha delimitado que este segundo párrafo del artículo 73 LCS "regula dos cláusulas limitativas diferentes, cada una con sus propios requisitos de cobertura temporal, de modo que para la validez de las de futuro (inciso segundo) no es exigible, además, la cobertura retrospectiva, ni para la validez de las retrospectivas o de pasado es exigible, además, que cubran reclamaciones posteriores a la vigencia del seguro".

conocer a las compañías, malamente podrá dirigirse a cualquiera de ellas para comunicar siniestro alguno.

Así que la única posibilidad para el paciente es reclamar directamente contra la clínica. Pero, en la práctica totalidad de los casos, en la clínica se niegan a darle los datos del seguro de responsabilidad civil, si es que lo tienen, pues ya hemos visto que, al otorgarse las licencias de funcionamiento, en el mejor de los casos no va a controlarse posteriormente si las pólizas siguen en vigor, y en el peor, ni siquiera se exige póliza para conceder la licencia.

Esta negativa a facilitar los datos del seguro, sustentada en las justificaciones más peregrinas (como por ejemplo, en la protección de datos) supone una de las mayores deficiencias del sistema<sup>85</sup>. Es cierto que el último inciso del artículo 76 LCS establece, como hemos visto, que *"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"*. Sin embargo, como este inciso no establece consecuencia alguna a su incumplimiento, en muchos casos se pasa por encima de él.

La indefensión es total para el paciente, que sólo es una persona frente a una compañía, que además se encarga de su salud, lo que le genera un estrés añadido a la hora de tener que afrontar una negativa tan rotunda a ayudarle. ¿Cómo va a desempeñar el seguro de responsabilidad la función social que fundamenta su existencia si en la práctica se impone el oscurantismo, con la Administración mirando para otro lado?

Así las cosas, ante este muro, al paciente sólo le queda pedir una hoja de reclamaciones, cuya existencia sí se impone como obligatoria, entre otras normas, en todos los decretos autonómicos de autorización de centros sanitarios. En dicha hoja puede hacer expresión del siniestro ocurrido y guardarse una copia, sin perjuicio de acudir al organismo municipal de consumo correspondiente. De esta forma, con independencia del procedimiento administrativo que se abre (que en la mayoría de los casos termina en nada, pues se sustenta en un pretendido procedimiento arbitral que, al ser de carácter voluntario, nunca se acepta por la clínica correspondiente) el paciente puede ya demostrar, ante cualquier excepción que se le quiera oponer en este sentido, que hizo todo lo que estuvo en su mano para comunicar el siniestro.

Así pues, comunicado el siniestro a la clínica, dado que ésta es cuando menos la asegurada (sino también la tomadora del seguro), debe interpretarse que la obligación de comunicar el

<sup>85</sup> Aunque parezca surrealista, es el equivalente a que el conductor que te ha dado el golpe con su coche se niegue a hacer un parte, aduciendo que sus datos están protegidos por la Ley de protección de datos, y no sólo no huya, sino que se queda allí tan campante y la Administración no hace nada por ayudarte.

siniestro a la aseguradora en siete días desde su conocimiento corresponde a la clínica. En caso contrario, y dados los motivos argumentados, nos encontraríamos a nuestro juicio ante un clarísimo caso de abuso del derecho, prohibido por el artículo 7 CC. ¿Qué es negarse a facilitar la póliza de responsabilidad civil sino un "*ejercicio antisocial*" de un derecho, una "*omisión que, por la intención de su autor, sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho con daño para terceros*"?<sup>86</sup>

Aunque la fundamentación de la teoría del abuso del derecho excede de este trabajo, simplemente cabría precisar aquí que el artículo 7 CC, a diferencia del 73 LCS, sí que contempla consecuencias: "*la correspondiente indemnización y la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso*". Esta riesgo supondría un acicate mucho más estimulante para no dudar en facilitar al paciente dañado la póliza de responsabilidad civil correspondiente.

Hecha esta interpretación, adecuada, por otro lado, *a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada*<sup>87</sup>, se entiende mejor el resto del artículo 16 LCS. Continúa diciendo: "*En caso de incumplimiento, el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración. Este efecto no se producirá si se prueba que el asegurador ha tenido conocimiento del siniestro por otro medio*".

¿Cómo va a reclamar la aseguradora daños y perjuicios al paciente por no declararle el siniestro, cuando a éste se le niega rotundamente en la clínica la posibilidad de conocer quién es la aseguradora? Sería el mundo al revés, si no se entendiese que la única que puede comunicarle el siniestro a la aseguradora es la propia clínica.

Finalmente, la interpretación encaja con el siguiente párrafo del artículo: "*El tomador del seguro o el asegurado (o sea, la clínica) deberá, además, dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro*". Este mandato, no tiene más sentido en ningún otro tipo de actividad que en el caso de la actividad médica. ¿Quién sino la clínica (ya asegurada, ya también tomadora) conoce mejor los pormenores de un siniestro que se ha producido "*intra muros*"? ¿Quién conoce todos los condicionantes del caso? ¿Quién tiene obligación de llevar una historia clínica?

Ponemos incidencia en esta cuestión porque, en la práctica, la cuestión tiene importantes efectos posteriores. Para empezar, que si la clínica no comunica el siniestro a la aseguradora, ésta no puede empezar a peritar el siniestro.

<sup>86</sup> En el caso de las grandes cadenas de clínicas privadas, este abuso es aun más palmario, pues es habitual el que sean los propios abogados de la aseguradora los que llevan las reclamaciones contra las clínicas, dado que, como hemos dicho, las pólizas de responsabilidad civil suelen incluir también la defensa del asegurado.

<sup>87</sup> Así lo manda el artículo 3 CC.

## V.2. La obligación de investigar el siniestro

El artículo 18 LCS, impone a la compañía aseguradora, una vez que se le comunica el siniestro, la obligación de investigarlo y de peritarlo, y, en su caso, de satisfacer el importe de los daños causados por el asegurado.

Pero para que la investigación no se demore *in eternis*, prolongando innecesariamente el sufrimiento del perjudicado, este artículo impone cautelarmente un plazo a partir del cual la aseguradora tiene que pagar un mínimo de lo que prevea que puede deber, tal que "*en cualquier supuesto, el asegurador deberá efectuar, dentro de los cuarenta días, a partir de la recepción de la declaración del siniestro, el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber, según las circunstancias por él conocidas*". Pero, en la práctica, ¿cómo va entrar en juego este artículo si la clínica sigue sin comunicar el siniestro a la aseguradora? Es ésta una evidencia más del perjuicio que indirectamente causa este abuso del derecho.

En cualquier caso, no podemos pasar por alto que, de contar o no con la benevolencia de la clínica en comunicarle el siniestro, la aseguradora tiene el deber legal de investigar y peritar el siniestro. Se trata de un deber reiterado, análogamente, por el artículo 7 del RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, de TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (tras su reciente nueva redacción por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre), cuyo baremo de cuantificación de los daños se aplica en el resto de responsabilidades civiles, incluida la médica, a falta de un baremo propio.

Este artículo prevé que, en un plazo de tres meses desde que a la aseguradora se le comunique el siniestro, deberá presentar al asegurado una oferta motivada de indemnización, darle una negativa igualmente motivada en legal forma<sup>88</sup>.

Pues bien, para estimular a la aseguradora, el precepto le permite, si considera que la documentación aportada por el lesionado en la reclamación fuere insuficiente, solicitar cuantos informes periciales privados considere oportunos para cuantificar el daño, que deberá efectuar por servicios propios o concertados, pero siempre a su costa, no a costa del perjudicado. Y si, pasados los tres meses, sigue sin presentar respuesta alguna, se devengarán intereses de demora.

En cualquier caso, en uno u otro texto legal (LCS, Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) la obligación de la aseguradora de investigar el siniestro

<sup>88</sup> Una vez más, el legislador busca no dejar al particular abandonado a su suerte, sin respuesta de la compañía.

(y peritarlo si hace falta) se muestra como un deber ineludible, que de no cumplir puede acarrearle un perjuicio.

La aseguradora no puede amparar su incumplimiento, aduciendo la no comunicación del siniestro<sup>89</sup>. Esto es aún más evidente en los casos de grandes cadenas de clínicas privadas, en los que es habitual que sean los propios abogados de la aseguradora los que llevan las reclamaciones contra las clínicas, dado que, como hemos dicho, las pólizas de responsabilidad civil suelen incluir también la defensa del asegurado.

En definitiva, si la aseguradora incumple esta obligación de investigar el siniestro, debe afrontar las consecuencias, no cargárselas al desdichado paciente. Para eso éste ha presentado la correspondiente hoja de reclamaciones explicativa del daño causado, que la clínica debería haber inmediatamente puesto en conocimiento de la compañía. Si la clínica lo hizo, debería haber investigado el siniestro. Y si no lo hizo, deberá pedirle explicaciones a la clínica. De ahí que, como hemos visto anteriormente, para resarcir a la aseguradora, el artículo 16 prevé la posibilidad de que, en caso de que la clínica no le hubiese comunicado el siniestro, "*el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración*".

Las consecuencias de no investigar y peritar son, como analizaremos a continuación, por un lado, materiales o sustantivas (intereses de demora) y por otro, procesales.

### V.3. Consecuencias de la inacción

La primera consecuencia para la aseguradora por no haberse hecho cargo de caso es el juego de los intereses de demora. El artículo 20 LCS, contempla una serie de reglas para el caso de que la compañía se haya demorado, en general, en el pago de la indemnización al perjudicado. Concretamente, más de tres meses desde la producción del siniestro.

La regla 4<sup>a</sup>, que habla de los intereses, señala que "*la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devenga, incrementado en el 50 por 100; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. No obstante, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 por 100*". Dos ideas pueden destacarse de este precepto:

La primera es que estos intereses, al tener naturaleza punitiva, se imponen de oficio, tomándose como término inicial para su cómputo la fecha del siniestro (regla 6<sup>a</sup>). No

<sup>89</sup> Ya hemos visto que, en virtud de la acción directa del artículo 76 LCS, esta excepción, que puede jugar entre el asegurado y la compañía, no es oponible por ésta al perjudicado.

---

obstante, si no se hubiese comunicado el siniestro en plazo, el término inicial del cómputo será el día de la comunicación del siniestro.

Pero quizá la idea más interesante resida en la regla 2<sup>a</sup>, que declara al artículo aplicable en caso de mora en el pago de la indemnización, pero también en caso de "*mora en el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber*". Este inciso se refiere al importe mínimo que fija el anteriormente analizado artículo 18 de la misma ley, y que la aseguradora ha de efectuar, en función de lo que crea que pueda deber, dentro de los cuarenta días siguientes a la declaración de siniestro.

Así, la regla 3<sup>a</sup> coloca en mora a la aseguradora "*cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro* (plazo acorde con la valoración de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) *o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro*". Por tanto, si no paga este importe mínimo en esos cuarenta días, juegan también los intereses de demora.

La segunda consecuencia de no responder al perjudicado, o de hacerlo negativamente, puede ser que éste se decida a emprender acciones legales. En el caso de que nadie se hubiera hecho cargo de su reclamación, verdaderamente no le queda otra opción.

Pero mientras dure el procedimiento, el perjudicado tiene que afrontar con su propio patrimonio el coste de la reparación del daño, con el perjuicio que eso supone<sup>90</sup>. Y cuanto más se prolongue el procedimiento, más tiempo de calvario<sup>91</sup>.

En cualquier caso, ante la negativa de una clínica a facilitar los datos de la póliza de la aseguradora correspondiente, las actuaciones comienzan por solicitar diligencias preliminares, trámite regulado en los artículos 256 y ss. LEC<sup>92</sup>, por el que el juez obliga a los representantes de la clínica a aportar la documentación negada al paciente<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Aunque mayor perjuicio, físico y moral, le supone si no tiene patrimonio suficiente para ello. Éste es el caso de los pacientes de las clínicas IDENTAL, que eran mayoritariamente personas sin recursos a las que se ofrecían tratamientos protésicos a bajo coste. Pero mientras la prótesis se fabricaba (lo que podía llegar a tardar años), el paciente quedaba con una "*provisional*" que en muchos casos terminaba por romperse. Al cerrar las clínicas, miles de personas se han encontrado sin solución a su problema porque, con independencia de empezar un procedimiento judicial, no tenían dinero para afrontar entre tanto la reparación de sus daños en otra clínica.

<sup>91</sup> No nos cansaremos de decir que casos como éste constituyen un argumento más a favor del tremendo abuso del derecho que supone el no facilitar por la clínica al paciente perjudicado los datos de la aseguradora.

<sup>92</sup> Seguimos en el caso de que una reclamación por responsabilidad civil, bien porque no ha lugar a la penal, bien porque el perjudicado quiere reservarse la acción civil en un procedimiento independiente.

<sup>93</sup> Normalmente la póliza, pero en muchos casos incluso la historia clínica (bajo el mismo peregrino argumento de la protección de datos) de la que el paciente tiene derecho a copia según la Ley de Autonomía del Paciente.

Una vez celebrada la vista de diligencias preliminares (trámite que ha podido llevar varios meses) y entregada la póliza "*a regañadientes*", el paciente puede conocer al fin quién es la compañía aseguradora del centro donde se le trató y dirigirse a ella, formalmente, para reiterarle su reclamación, confiando en que su falta de colaboración en la investigación del siniestro se deba a que la clínica no se lo comunicó en su momento.

En el mejor de los casos, el más improbable, la compañía por fin investiga y peritar el siniestro, sea luego su respuesta favorable o desfavorable a indemnizar al paciente. En el peor de los casos, el más habitual, continúa la inacción, ahora ya con la certeza de intenciones.

Nótese que la principal crítica que venimos haciendo no es que la compañía se niegue a indemnizar<sup>94</sup>, sino que se niegue siquiera a investigar el siniestro. Así pues, si la aseguradora persiste en la inacción, al paciente sólo le queda interponer demanda contra ella, en virtud de la analizada acción directa contemplada en el artículo 76 LCS.

Una vez demandada, es legítimo que las aseguradoras traten de ganar el litigio, pero no a costa de utilizar la legislación contra la función social que sustenta el sistema de seguros médicos cuando, como hemos visto, en muchos casos la reparación del daño está en espera hasta que se produzca o no la compensación. Pongamos un ejemplo:

Ha quedado analizada pormenorizadamente la obligación de la aseguradora de investigar y peritar el siniestro cuando se le comunica. Así las cosas, de haber cumplido con este deber en su momento, ahora, en fase judicial, los dictámenes periciales que hubieran realizado podrían aportarlos con la contestación a la demanda, como manda el artículo 336.1 LEC. Ahora bien, como el artículo 337.1 prevé que, si no les fuese posible aportarlos, expresarán los dictámenes de que pretendan valerse y que habrán de trasladar al demandante, en cuanto dispongan de ellos<sup>95</sup>, es algo frecuente que las aseguradoras se valgan de este segundo precepto para ahora proponer periciales, una práctica injusta, sobre todo si hay constancia de reclamaciones extrajudiciales previas a la aseguradora y ésta omitió deliberadamente el analizado deber de investigar el siniestro.

El análisis de los pormenores de un procedimiento judicial de responsabilidad civil daría para un trabajo específico que no podemos abordar aquí. Sólo nos queda, una vez concluido el desarrollo de este trabajo, recopilar las conclusiones a las que hemos ido llegando a lo largo de todas estas páginas.

<sup>94</sup> A esto habrá lugar o no según se pueda imputar la responsabilidad civil en función de los criterios analizados.

<sup>95</sup> Y en todo caso, dice el precepto, cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el verbal.

## Conclusiones

Finalizamos el trabajo sintetizando brevemente las conclusiones a las que hemos ido llegando durante su desarrollo. Empecemos por la parte de la responsabilidad civil médica.

Ha quedado claro que la función de la responsabilidad civil es compensatoria (no punitiva) y es de índole patrimonial, pues ha de pedirse expresamente por el perjudicado, puede responderse por el acto ajeno; puede asegurarse y es transmisible mortis causa. Y según una u otra relación médico-paciente, la responsabilidad civil será de un tipo u otro.

En la asistencia médica espontánea es extracontractual, aunque siempre se exige al médico una diligencia un punto mayor que la que se exige a un particular.

Si media contrato entre paciente y médico, la responsabilidad de éste es contractual, así como la de los servicios auxiliares que contrató el paciente. Y si no los contrató, será extracontractual (exigible al médico como *culpa in vigilando* o contractualmente como cumplimiento defectuoso). Y lo mismo puede decirse de la de los centros médicos auxiliares de la relación con el médico, respecto de daños en estos servicios auxiliares.

Un contrato entre paciente y centro sanitario, como contrato de hospitalización, supone que los daños causados por el médico le son reclamables extracontractualmente o al centro contractualmente. Los daños propios del centro son reclamables a éste contractualmente.

Si el contrato es con el seguro médico, los daños causados por los profesionales o por los centros son reclamables a éstos extracontractualmente o contractualmente a la aseguradora (salvo que fuera mera intermediaria). También se ha admitido reclamar extracontractualmente a la aseguradora sobre la base de la culpa *in vigilando*, siempre que hubiera relación de dependencia entre ésta y el hospital.

Para la asistencia al afiliado a la Seguridad Social, la responsabilidad directa de la administración sigue su propio régimen especial.

Actualmente, la principal consecuencia que queda de estas distinciones es la existencia de distintos plazos de prescripción de la acción para exigir cada tipo de responsabilidad: un año para la extracontractual, cinco años la contractual y un año la de la Administración. Si bien, en cualquier caso, se ha entendido por el TS que es el juez y no el actor el que ha de calificar la responsabilidad civil y, aunque el actor lo hiciese, ello no vincularía al juez.

Por otro lado, ha quedado patente que no todo fallo médico pone en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil médica. Deben concurrir conjuntamente tres elementos: acción u

---

omisión del profesional, daño efectivo y relación de causalidad entre ambas.

En primer lugar, en cuanto a la acción, ha quedado razonado que, para la responsabilidad civil contractual, es cualquier modalidad de incumplimiento o de cumplimiento tardío (recordemos que la mora es un retraso "cualificado") o de cumplimiento defectuoso (por no ajustarse a lo presupuestado previamente). Para la responsabilidad *aquiliiana*, la acción consiste en cualquier agresión de un bien ajeno que no esté debidamente justificada. Esta cuestión está íntimamente ligada, por otra parte, al respeto a la autonomía del paciente.

Recordemos, llegados a este punto, la metáfora que hemos construido en torno a la diligencia como criterio delimitador de la responsabilidad civil médica: es una muralla que mantiene a la culpa a raya. *Extra muros*, donde no hay diligencia, se corre el riesgo de ser culpable de los daños causados, si eran previsibles o evitables. *Intra muros* de la diligencia, no hay culpabilidad por daños, pues todos son imprevisibles o inevitables.

Y recordemos también que la medicina satisfactiva (odontología, estomatología o cirugía estética) suele implicar *obligaciones de resultado*, pues compromete al profesional a conseguir un fin determinado, mientras que la medicina asistencial o curativa suele implicar *obligaciones de medios*, pues el profesional no se compromete sólo a tratar de hacer lo posible porque un objetivo se produzca. Así las cosas, al paciente le será más fácil probar el incumplimiento de una obligación de resultado que la negligencia del profesional, y a éste le convendrá alegar que la obligación era de medios, pues en tal caso se volvería indiferente la no consecución del objetivo del tratamiento (la recuperación del enfermo) y, habiendo habido diligencia, los supuestos daños no serían imputables a conducta alguna.

En segundo lugar, en cuanto al daño efectivo, hemos constatado mediante ejemplos, la importancia práctica de tener claros los conceptos de interés contractual, ya positivo o ya negativo, y de daño emergente y lucro cesante, pues marcarán el alcance que queramos dar a la responsabilidad civil. Igualmente hemos visto como los modernos casos de "*wrongful birth*" y "*wrongful conception*" se han aclarado no por entenderlos *pérdida de oportunidad* resarcible, sino por la actual consideración de la autonomía del paciente como un bien propiamente digno de protección jurídica.

En tercer lugar, se ha concluido la necesidad de que se dé un nexo causal entre la acción u omisión del profesional sanitario y el daño efectivo sufrido por el paciente, de tal forma que inequívocamente se entienda que éste fue causado por aquélla.

Este nexo, que queda al *buen sentido* del juzgador, ha quedado inequívocamente relacionado con unos criterios de atribución de la responsabilidad al causante del daño.

La atribución por negligencia se dará si el profesional falta a una diligencia genérica o, en su

caso, ajustada a las circunstancias. Así, es modulable ante un resultado desproporcionado o ante una mejor posición probatoria del profesional. Y si es grave se equipara al dolo.

La atribución por dolo se dará siempre que concurra bien una voluntad deliberada de incumplir un contrato (dolo contractual), bien una directa voluntad de dañar (dolo extracontractual).

La atribución también puede producirse por desviarse el profesional de un estándar de conducta generalmente aceptado por la comunidad médica para un tipo de actuación determinada. Es lo que se conoce como *lex artis ad hoc*.

Y como último criterio de atribución de está el consentimiento informado que el paciente otorga para que se le intervenga, pues hemos concluido que, aun dándose, no legitima cualquier acto del médico que sea contrario a la *lex artis ad hoc*, y, si no se presta, no puede decirse que el acto médico posterior sea verdaderamente diligente.

La última conclusión de la primera parte del trabajo es que la atribución de la responsabilidad civil médica puede hacerse a otra persona distinta del causante del daño pues, en medicina privada, los dueños o directores de cualquier hospital, clínica o consulta son responsables de los perjuicios causados por sus dependientes con ocasión de sus funciones (salvo que el dependiente pruebe su diligencia) y análogamente, en medicina pública, las administraciones son responsables de los daños que puedan ocasionar las autoridades y el personal que esté a su servicio. Todo ello sin perjuicio, en ambos casos, de las respectivas acciones de repetición que los que hayan respondido tengan contra aquéllos que causaron el daño.

Pasando al seguro de responsabilidad civil médica, hay que decir que también ha supuesto una serie de conclusiones, quizás de mayor actualidad aun que las de la primera parte.

En primer lugar, al ahondar en la cobertura del acto médico se ha destacado el desahogo que supone para cualquier profesional el que el riesgo de que suceda el perjuicio se traslade desde su patrimonio al patrimonio de la aseguradora. Tampoco nos ha parecido desdeñable el que un seguro de responsabilidad civil pueda incluir el hacerse cargo de la defensa jurídica dados los cuantiosos gastos que supone para un demandado, se gane o no, el defenderse.

Quizás una de las conclusiones más relevantes del trabajo es la importante *función social* que desempeña el seguro de responsabilidad civil médica, pues permite que todos los dañados puedan acceder a una indemnización gracias a que su riesgo se ha repartido entre muchas personas. Se ha defendido que su esquema de reparto del riesgo similar al del sector público, en el que toda la sociedad contribuye a costear los tratamientos de parte de ella.

En segundo lugar, se han extraído importantes conclusiones del análisis general de la

---

legislación de este sector.

Por un lado, se ha llamado la atención sobre el alcance de la obligatoriedad del artículo 46 de la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias pues, además de a los profesionales sanitarios, atañe no a las sociedades médicas en particular sino en general a cualesquiera personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten servicios sanitarios, como es el mencionado caso de las comunidades de bienes. Por otro lado, hemos visto como esta obligatoriedad no es estrictamente de concertar un seguro (salvo para el caso de las sociedades profesionales o para el ámbito privado de determinadas Comunidades Autónomas, como Cantabria, Asturias, Cataluña, Madrid, La Rioja o Extremadura), sino que puede revestir también la forma de aval u otra garantía financiera.

Igualmente hemos sacado algunas importantes conclusiones del estudio de la legislación autonómica. Unas Comunidades requieren cobertura tanto del centro sanitario como de cada profesional que ejerce en él su actividad (Cantabria, Asturias, Cataluña y hasta julio de este año, Madrid). Otras Comunidades Autónomas sólo exigen cobertura respecto de los profesionales que trabajan en los centros (Madrid, La Rioja y Extremadura). Y las once restantes, entre la documentación requerida para autorizar el funcionamiento de centros, servicios y establecimientos sanitarios ubicados en su respectivo territorio, no exigen ningún tipo de cobertura obligatoria para la responsabilidad civil que pueda llegar a surgir.

Pero hemos comprobado que lo peor es que tanto en esas once Comunidades Autónomas como en las otras seis que sí que exigen el seguro de responsabilidad civil para otorgar la licencia, una vez que comienza el funcionamiento del centro privado, nadie se encarga de comprobar si la póliza se va renovando año a año, pues ninguna legislación ha establecido organismos de control o seguimiento de que las pólizas que se exhibieron al empezar a funcionar el centro sigan después en vigor, con el impacto tan demoledor que esto ha tenido, como hemos expuesto mediante un ejemplo real lo más actual posible.

En tercer lugar, del estudio de la acción directa del perjudicado contra la aseguradora, hemos visto que su legitimación activa no se ciñe al perjudicado y sus herederos, pero sobre todo hemos concluido que la pretendida inmunidad del perjudicado no es tan absoluta como en apariencia pudiera parecer, pues hay excepciones que le son oponibles, tanto impropias como propias. Si bien es cierto que otras no lo son, sobre todo el dolo del asegurado, como hemos concluido del análisis de la jurisprudencia, en un estupendo ejemplo de función social del seguro de responsabilidad civil, al que le es de nuevo equiparable la culpa grave.

En cuarto lugar, hemos comprobado, de la investigación del sector, que la salida de las compañías del mercado del aseguramiento de la sanidad pública de las Comunidades

Autónomas se debe a los altos costes que les supone esta actividad. La sanidad de canarias, por ejemplo, no tiene una cobertura generalizada. Y parece que pueden unírsele más en unos años. De esta cuestión nos han quedado dos importantes conclusiones:

Por un lado, que sería necesario avisar a todos los médicos y profesionales públicos de una Comunidad Autónoma en caso de que ésta dejare de pagar la póliza en vigor y la sanidad se quede sin seguro.

Por otro lado, se plantea hasta qué punto esta cobertura general es necesaria, pues la responsabilidad de la administración es directa, conforme se regula en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público. Y la Administración tiene capacidad suficiente para hacer frente a con su patrimonio a las reclamaciones, sobre todo si emplea el que hasta ahora está utilizando para pagar primas millonarias por las pólizas.

En quinto lugar, hemos realizado dos críticas respecto de los llamados elementos reales del contrato de seguro:

La primera, que a diferencia de otras regulaciones sectoriales, a día de hoy, ninguna Comunidad Autónoma ha establecido unos criterios sobre un quantum mínimo a asegurar, quedando a discrecionalidad de cada asegurado el pactar con la aseguradora el límite de la póliza, esto es, cuál es la cantidad hasta la que debe responder el seguro en caso de daños.

La segunda, que cada vez es más habitual práctica que las pólizas de responsabilidad civil médica extiendan su cobertura a los supuestos de inhabilitación profesional del facultativo, algo contrario a la ley.

En sexto y último lugar, hemos alcanzado destacables conclusiones respecto al ámbito de la reclamación del perjudicado a la aseguradora una vez producido el daño:

Ha quedado más que explicado lo difícil que es muchas veces para un particular comunicar el daño a la aseguradora de la clínica en la que se le ha producido, pues se deniega por las clínicas el acceso de los pacientes a las pólizas, lo que a la larga no sólo menoscaba la función social de la figura aquí analizada, sino que acaba por suponer un flagrante abuso del derecho, como hemos criticado con rotundidad.

También ha quedado criticado, con la mayor minuciosidad posible, la tentadora práctica de algunas aseguradoras de tratar de eludir la obligación de investigar y peritar los siniestros, lo que hemos concluido que puede desembocar tanto en el juego de los famosos intereses de demora como en el emprendimiento de acciones legales por parte del perjudicado, lo que apunta a un largo y difícil camino, cuyo estudio quedaría para otro trabajo.

Para finalizar, ahora sí, la conclusión final no puede ser otra que la que se desprende de la naturaleza jurídica de los contratos aleatorios: alea jacta est.

## Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1968), *La mora en las obligaciones recíprocas*, R.C.D.I., págs. 10 y ss.
- ASÚA GONZÁLEZ, C. I. (2002), *Responsabilidad Civil Médica, Tratado de Responsabilidad Civil*, Pamplona, Ed. Aranzadi, pág. 968.
- ATAZ LÓPEZ, J. (1985), *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Ed. Montecorvo.
- BADOSA COLL, F. (1987), *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Real Colegio de España, págs. 274 y ss.
- CARRASCO GOMEZ, J.J. (1990), *Responsabilidad médica y psiquiatría*, Madrid, Ed. Colex.
- CARRASCO PERERA, A. (1989), *Comentario al artículo 1101 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XV*, Madrid, Ed. Edersa.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1993), *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Ed. Bosch, pág. 257.
- DÍAZ ALABART, S. (1987), *La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela*, en A.D.C., págs. 798 y ss.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1988), *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Madrid, Edilex.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. (2002), *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, Ed. Comares.
- GALÁN CORTÉS, J.C. (2001), *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Ed. Civitas, págs. 222 y ss.
- GALÁN CORTÉS, J.C. (2016), *Responsabilidad Civil Médica*, Madrid, Ed. Aranzadi.
- GARCÍA AZNAR, A. (2000), *Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes, Estudios de Bioética y Derecho*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, pág. 202.
- GARCÍA GARNICA, M.d.C. (2010), *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Pamplona, Ed. Aranzadi, págs. 28 y 102.
- GARCÍA GARNICA, M.d.C. (2006), *La responsabilidad civil en el ámbito de la medicina asistencial*, en *La responsabilidad civil por daños causados en productos defectuosos. Daños a la salud y seguridad de las personas*, Pamplona, Ed. Aranzadi, págs. 199 a 280.
- GÓMEZ CALLE, E. (1998), *El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario*, ADC, págs. 1695 y ss.

- 
- GUERRERO ZAPLANA, J. (2006), *Las Reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Valladolid, Ed. Lex Nova.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2000), *Elementos de Derecho Civil, Tomo II*, Madrid, Ed. Dykinson, página 171.
- LLAMAS POMBO, E. (1988), *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Ed. Trivium.
- LÓPEZ MUÑOZ, G. (1991), *Defensa en las negligencias médicas*, Madrid, Ed. Dykinson.
- MARTÍN BERNAL, J.M. (1998), *Responsabilidad médica y derecho de los pacientes*, Madrid, Ed. La Ley.
- MONJE BALMASEDA, O. -LLEDÓ YAGÜE, F. -MORILLAS CUEVA, L. (2012), *Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional: el contenido reparador del consentimiento informado*, Madrid, Ed. Dykinson.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F. (1991), *Comentario del artículo 1902*, en *Comentario del Código Civil*, Madrid, , pág. 1995.
- PANTALEÓN PRIETO, A. F. (1995), *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, .
- PUIG BRUTAU, J. (1983), *Fundamentos de Derecho Civil, II-3*, Barcelona, Bosch, pág. 133.
- SÁNCHEZ CALERO, J. (1990), *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, Tomo XXIV, volumen 2º*, Madrid, páginas 652 y ss.
- SÁNCHEZ CALERO, J. (1999), *Ley de Contrato de Seguro*, Pamplona.
- SANTOS BRIZ, J. (1963), *Derecho de daños*, Madrid.
- SANTOS BRIZ, J. (1981), *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, Ed. Montecorvo, página 715.
- SANTOS BRIZ, J. (1984), *La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho Español*, RDP.
- VEIGA COPO, A. (1999), *El contrato de seguro*, Madrid 1999.
- VICENTE DOMINGO, E. (1994), *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, pág. 203.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1998), *Cegueras producidas a niños nacidos prematuramente*, Actualidad de Derecho Sanitario, número 40.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001), *Sistema de Responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Ed. Dykinson, 2001, págs 92, 95, 154, 155, 161, 162, 190 y ss., 511 y 512.

## Fuentes jurídicas utilizadas

### Fuentes normativas

Código Civil:

Art. 7	Art. 1104	Art. 1258
Art. 1089	Art. 1105	Art. 1300 y ss.
Art. 1092	Art. 1106	Art. 1790
Art. 1093	Art. 1107	Art. 1888
Art. 1096	Art. 1124	Art. 1902
Art. 1097	Art. 1137	Art. 1903
Art. 1098	Art. 1157	Art. 1904
Art. 1099	Art. 1166	Art. 1939
Art. 1101	Art. 1182	Art. 1964.2
Art. 1102	Art. 1184	Art. 1968.2º
Art. 1103	Art. 1257	

Código de Deontología Médica de 2011:

Art. 5.4

Código Penal:

Art. 109.2	Art. 120.4	Art. 142 y ss.
Art. 116	Art. 121	

Constitución Española:

Art. 9	Art. 148.1.21	Art. 149.1.16
--------	---------------	---------------

Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro:

Art. 10	Art. 19	Art. 74
Art. 15	Art. 20	Art. 76
Art. 16	Art. 22	Art. 76.a.
Art. 18	Art. 73	Art. 76.b.

Ley de Enjuiciamiento Civil:

Art. 256 y ss.

Art. 336.1

Art. 337.1

Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Art. 112

Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986:

Art. 10

Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias:

Art. 46

Ley 20/2015, de 14 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras:

Art. 27

Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

Ley 30/92, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común:

Art. 145.2

Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público:

Art. 32.1

Art. 36

---

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica:

Art. 2.6

Art. 4.1

Art. 5.4

Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales:

Art. 11

RD Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el TR de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor:

Art. 7

RD 1277/2003, de 10 de octubre, de bases generales sobre autorización de instalación, funcionamiento, modificación y cierre de centros sanitarios.

Andalucía, Decreto 69/2008, de 26 de febrero de 2008.

Aragón, Decreto 106/2004, de 27 de abril de 2004.

Asturias, Decreto 55/2014, de 28 de mayo de 2014.

Baleares, Decreto 100/2010, de 27 de agosto de 2010.

Canarias, Decreto 68/2010, de 17 de junio de 2010.

Cantabria, Decreto 26/2014, de 29 de mayo de 2014.

Castilla y León, Decreto 49/2005, de 23 de junio de 2005.

Castilla La Mancha, Decreto 13/2002, de 15 de enero de 2002.

Cataluña, Decreto 151/2017, de 17 de octubre de 2017.

Comunidad Valenciana, Decreto 157/2014, de 3 de octubre de 2014.

Extremadura, Decreto 37/2004, de 5 de abril de 2004.

Galicia, Decreto 12/2009, de 8 de enero de 2009.

La Rioja, Decreto 80/2009, de 18 de diciembre de 2009.

Madrid, Decreto 51/2006, de 15 de junio de 2006.

Murcia, Decreto nº 73/2004 de 2 de julio de 2004.

Navarra, Decreto foral 214/1997, de 1 de septiembre de 1997.

País Vasco, Decreto 31/2006, de 21 de febrero de 2006.

## **Fuentes jurisprudenciales**

### **1973**

STS de 7 de febrero de 1973 (RJ 1973/407)

### **1983**

STS de 9 de marzo de 1983 (RJ 1983/1463)

STS de 28 de marzo de 1983 (RJ 1983/1646).

### **1984**

STS de 26 de enero de 1984

STS de 10 de mayo de 1984 (RJ 2405/1984).

STS de 9 de julio de 1984

### **1988**

STS de 12 de mayo de 1988 (RJ 1988//4089)

STS de 7 de junio de 1988 (RJ 1988/4825)

### **1990**

STS de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990/677)

STS de 15 de noviembre de 1990

### **1991**

STS de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8720)

### **1992**

STS de 29 de octubre de 1992 (RJ 1992/8178)

### **1993**

STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993/771)

### **1994**

STS de 27 de septiembre de 1994 RJ (1994/7307)

---

STS de 6 de octubre de 1994 RJ (1994/7465)

**1995**

STS de 24 de mayo de 1995 (RJ 1995/4262)

STS de 15 de julio de 1995 (RJ 1995/6167)

STS de 24 de octubre de 1995

**1996**

STS de 15 de octubre de 1996 (RAJ 1996/7110)

STS de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996/8938)

**1997**

STS de 18 de febrero de 1997 (RJ 1997/1240)

STS de 7 de mayo de 1997 (RJ 1997/3874)

STS de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997/4114)

STS de 6 de junio de 1997

STS de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6458)

STS de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7868)

STS de 16 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8690)

**1998**

STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998/1169)

STS de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998/2934)

**1999**

STS de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999/4802)

STS de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7998)

STS de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8057)

STS de 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9496)

**2000**

STS de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000/840)

STS de 12 de febrero de 2000 (RJ 2000/820)

STS de 10 de junio de 2000

- 
- STS de 30 de junio de 2000  
STS de 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000/8126)

**2001**

- STS de 12 de enero de 2001 (RJ 2001/3)  
STS de 27 de enero de 2001 (RJ 2001/5377)  
STS de 24 de marzo de 2001 (RJ 2001/3986)  
STS de 11 de junio de 2001 (RJ 2001/5674)  
STS de 27 de septiembre de 2001 (RJ 2001/7130)

**2002**

- STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003/914)

**2004**

- STS de 12 de marzo de 2004 (RJ 2004/2146)  
STS de 24 de marzo de 2004  
STS de 10 de junio de 2004 (RJ 2004/3605)

**2005**

- STS de 20 de septiembre de 2005 (2005/7503)

**2006**

- STS de 15 de febrero de 2006 (RJ 2006/2940)  
STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006/2399)  
STS de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2006/8059)  
STS de 22 de noviembre 2006 (RJ 2007/297)  
STS de 26 de noviembre de 2006 (RJ 2007/296)  
STS de 18 de diciembre de 2006  
STS de 21 de diciembre de 2006 (RJ 2007/396)

**2007**

- STS de 8 de marzo de 2007 (RJ 2007/1527)  
STS de 26 de abril de 2007  
STS de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/3403)

---

STS de 23 de noviembre de 2007 (RJ 2008/24)

STS de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/251)

## **2008**

STS de 23 de abril de 2008 (RJ 2008/2731)

STS de 29 de julio de 2008 (RJ 2008/4638)

STS de 15 de octubre de 2008 (RJ 2008/7125)

STS de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009/536)

## **2009**

STS de 21 de enero de 2009 (RJ 2009/481)

STS de 26 de marzo de 2009 (RJ 2009/2803)

STS de 23 de abril de 2009 (RJ 2009/3164)

STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009/4323)

STS de 20 de noviembre de 2009

## **2013**

STS de 12 de noviembre 2013 (RJ 2013/7865)

## **2015**

STS de 17 de abril de 2015 (RJ 2015/1199)

## **2018**

STS de 26 de abril 2018