

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO-SANITARIA AL COMIENZO DE UN NUEVO SIGLO. LOS DOGMAS CREÍBLES Y LOS INCREÍBLES DE LA JURISPRUDENCIA

Mariano Yzquierdo Tolsada

Catedrático de Derecho Civil (Excedente)

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid

**Sumario: 1. Introducción. 2. La trampa de la “unidad de la culpa civil” o la pérdida definitiva del “fair play” procesal. 3. El fetichismo de la distinción “obligaciones de medios/obligaciones de resultado”. 3.1. ¿En qué momento del litigio es útil la distinción? 3.2. Sinalagma y daños: doble proyección práctica de la distinción. 4. Un doble lenguaje no siempre bien entendido por el Tribunal Supremo. 5. ¿Es cierto que debe ser el paciente (o sus herederos) quien pruebe la culpa médica? 6. El pretexto de la relación de causalidad y las sorpresas que da la vida. 7. El funcionamiento “normal o anormal” de las Administraciones sanitarias: una copla recurrente. 8. La jurisdicción competente en las reclamaciones contra las Administraciones sanitarias, o la rebelión de las Salas Primera y Cuarta del Tribunal Supremo.**

## 1. INTRODUCCION

En los últimos años del siglo XX la jurisprudencia nos ha deparado un buen cúmulo de razones para el debate en el mundo de la responsabilidad civil de las profesiones sanitarias. No es mala cosa hacer un balance general, ya a comienzos del nuevo siglo, y aun a riesgo de incurrir a los fáciles tópicos de la cronología.

## 2. LA TRAMPA DE LA “UNIDAD DE LA CULPA CIVIL” O LA PÉRDIDA DEFINITIVA DEL “FAIR PLAY” PROCESAL.

En la segunda mitad de los años ochenta fue cuajando una nueva teoría en relación con esa zona pretendidamente fronteriza que existe entre la responsabilidad

contractual y la extracontractual, que ha tenido en el ámbito médico su auténtico campo de pruebas, desde la absurda posición de que, aunque entre el médico y el paciente exista un contrato, cabe recurrir al régimen de responsabilidad extracontractual para obtener el resarcimiento por los daños que el facultativo inflija a su paciente. Una tesis que se quiere fijar en que los bienes agredidos están fuera del comercio de los hombres (la vida, la salud, la integridad corporal), y que por ello está justificado hablar de zonas fronterizas.

Con arreglo a la nueva moda, el demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. El no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

Se trata de la doctrina que se contiene, por ejemplo, en la sentencia de 16 de diciembre de 1986. Se invocaron en el recurso reglas contractuales y extracontractuales; en concreto, el recurrente indica que la *causa petendi* se encuentra tanto en el art. 1554-2º como en el 1902, añadiendo que “no existen entre las responsabilidades contractual y extracontractual esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes”. Pues bien, la sentencia parece jugar la doble baraja de la tesis de la opción y la del concurso de normas:

a) Por una parte se dice que, aun existiendo contrato, el actor ha alegado, y el demandado aceptado, el art. 1902, por lo que “el Tribunal de instancia no debe

entender ejercitable la acción contractual” (o lo que es lo mismo, no juega el iura novit curia porque el juzgador se ve vinculado por la relación jurídico-procesal establecida por las partes), “máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa” (pronunciamiento éste último descorazonador, pues parece negar que el daño moral contractual sea indemnizable); teoría de la *opción*, por tanto,...

b) pero por otra parte, entiende lícito alegar ambos bloques normativos, y dice que “está bien aplicado el art. 1902 aunque en la demanda por argumento *ad maiorem* se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual” (teoría del *concurso de normas*). Más todavía: “la obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culposa de la arrendadora ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual”.

En materia de responsabilidad médica, la sentencia de 18 de febrero de 1997 acoge esta tesis que se ha venido a denominar del concurso de normas, y que, en definitiva, parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes. El paciente murió tras contraer el sida y la hepatitis C después de que se le tratara con anticoagulante la trombosis venosa consecutiva a la artroscopia realizada en su rodilla.

El actor sustentó su reclamación sobre los arts. 1902 y ss. C.civ. Sin embargo, la sentencia condenatoria argumentó en todo momento con base en los preceptos reguladores de la responsabilidad contractual, entendiendo que de carácter efectivamente contractual es la relación existente entre un paciente y la entidad gestora de la prestación de asistencia sanitaria, en tanto que aquél sea persona afiliada al régimen general de la Seguridad Social. En nuestro caso, si se admite esto, el Instituto Catalán de Salud estaba obligado contractualmente a proporcionar la asistencia sanitaria en sus centros, y precisamente lo que vino a darse fue un incumplimiento contractual, o mejor un cumplimiento defectuoso, “pues quien prestó asistencia médica al actor originario le administró un medicamento a tal punto deteriorado que determinó la inoculación en el organismo del paciente de dos enfermedades gravísimas, como son la hepatitis C y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida”.

Pues bien, gran parte de la argumentación mantenida por el Instituto Catalán de la Salud en el recurso de casación consistía precisamente en lo que a su juicio constituía el vicio de incongruencia de la sentencia recurrida: planteada una acción extracontractual, ¿es lícito que el juzgador modifique la calificación? ¿No significa ello una mutación del objeto litigioso?

Dice la sentencia: “*Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico*”.

Yo creo que la teoría del concurso de normas no es viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. No debe olvidarse que es la demanda lo que identifica las pretensiones jurídicas, y *de lege lata*, no parece bueno para la seguridad jurídica el que el demandante o el propio órgano jurisdiccional, y hasta en pleno curso procesal del pleito, puedan variar los fundamentos de derecho “a modo de un libro de hojas intercambiables según los intereses o la discrecionalidad del Juez” (PASCUAL ESTEVILL). Desde luego, no parece muy correcto que en la sentencia de 26 de enero de 1984 cambiase la calificación que de relación extracontractual había dado la Audiencia y *aceptado los litigantes*, para afirmar que se trataba de un caso de responsabilidad contractual.

Nuevamente el Tribunal Supremo incidió en esta tesis con la sentencia de 6 de mayo de 1998<sup>36</sup>. Lo curioso del caso era que en la sentencia de Primera Instancia se puede leer que el diagnóstico de la enfermedad del niño, en el que todos los informes médicos coincidían, databa de finales de 1987, y la reclamación, de ochenta millones de pesetas, fue presentada el 28 de octubre de 1991. Y eso era así porque “mi mandante, por ignorancia de la ley, ha permanecido inactivo en lo relacionado con el daño moral y material recibido tanto por su hijo como por los padres”. La demanda, a pesar de todo, se amparaba en los arts. 1902 y 1903 C.civ., sin invocarse para nada la normativa contractual. Sólo faltaba, en fin, admitir expresamente que el tiempo había transcurrido con creces, y pedir perdón por no conocer el “pequeño deta-

<sup>36</sup> *Sobre esta sentencia, puede verse mi trabajo* Ceguerras producidas en niños nacidos prematuramente. (Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero (Sala Sexta) y 6 de mayo (Sala Primera) de 1998, en *Actualidad de Derecho Sanitario*, núm. 40, 1998, p. 275

lle” de la prescripción anual. Y fue después, al contestar a la excepción de prescripción opuesta por el INSALUD, cuando el demandante procedió a modificar la acción, diciendo ahora que ésta se basaba en la culpa contractual. Pero el art. 1101 no había sido ni citado en la demanda. Semejante cambio en la relación jurídico procesal ya constituida no fue admitido por la sentencia del Juzgado, pero tampoco por la que dictó en grado de apelación la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 25 de enero de 1994.

Pero la cosa cambió en casación: “...la moderna jurisprudencia ha acunado (sic) la doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo da mihi factum, dabo tibi ius”.

Y, a renglón seguido, la sentencia cita la doctrina contenida en la de 18 de febrero de 1997, “trampeando” con el consabido principio de la unidad de la culpa civil. Principio que nadie discute, pero sucede que una cosa es que el concepto de culpa del art. 1104 C.civ. valga para definir también la culpa extracontractual y otra bien distinta que cada vez que nos situemos ante un supuesto de los pretendidamente borrosos (que, siendo muchos, no son ni de lejos tan numerosos como quiere hacernos creer tanto demandante mal asesorado, despistado o listillo), se pueda ejercitar una acción determinada, darle cumplido “etiquetaje”, configurar la litis y, de repente, como quien no quiere la cosa, caer en la cuenta de que en realidad se desea ejercitar una acción distinta. Si, por ejemplo, el hijo extramatrimonial no reconocido quiere, como hijo único que es, heredar de su padre una finca que constituye el único elemento activo de la herencia, y desplazar con ello de la sucesión intestada a los colaterales del causante, lo que no vale es que el letrado ejercite una acción reivindicatoria o de petición de herencia y luego, en trámite de réplica, diga: “mi mandante, que lo único que desea es esa su finca, por ignorancia de la ley ha permanecido inactivo y no ha ejercitado la acción de filiación, pues ignorábamos ambos que la acción real no puede prosperar sin demostración del justo título de dominio, y éste difícilmente podía obtenerse sin un previo reconocimiento del parentesco”. Desde luego que no vale, pero los jueces no parecen tener mucho inconveniente en reemplazar con un abuso manifiesto del principio “iura novit curia”, ora la incompe-

tencia de los letrados, ora las disfunciones del sistema legal.

Ultimamente, el Supremo se ha mostrado particularmente decidido a admitir esta tesis de la “unidad de la culpa civil” en materia sanitaria. Puede verse la sentencia de 8 de febrero de 2000, pero más elocuente, por lo disparatado, es lo que dice la de 30 de diciembre de 1999. La niña había fallecido después de que en el Hospital del INSALUD no se le detectase a tiempo la apendicitis. Tras el sobreseimiento penal absolutorio, la demanda se presentó casi siete años después, entendiendo el Juzgado y la Audiencia que la acción estaba prescrita. Pero el Tribunal Supremo prefiere entender que la relación entre el INSALUD y el afiliado (padre de la menor) tiene carácter “propriadamente contractual” (cosa de la que, según la sentencia, “no cabe duda”), y que el plazo aplicable era el de quince años. El Voto Particular de Gullón Ballesteros recuerda, con citas concretas de jurisprudencia constitucional, que las prestaciones de la Seguridad Social no se apoyan en un marco contractual, cosa que después ha reiterado la sentencia de 12 de febrero de 2000, que por lo mismo aboga por la aplicación del plazo de un año. Una sentencia que, para huir de la polémica suscitada por la teoría de la “unidad de la culpa civil”, prefiere hablar de la “tutela procesal unitaria de la culpa civil”.

Por mucho que las dos esferas de la responsabilidad cuenten con conceptos comunes, dos acciones que cuentan con dos plazos distintos de prescripción son dos acciones que, por mucho que se parezcan, son aprehendidas por el legislador como de distinta naturaleza y fundamento. Otra cosa es que merezca la pena aproximar los diferentes regímenes, como sin duda viene sucediendo en los moldes de la responsabilidad civil de este fin de siglo. Y, desde luego, la diferencia de los plazos es la que urge modificar, pues no cabe duda de que, superada esa abismal diferencia que mantiene incomprensiblemente nuestro Derecho, son muchos los problemas que quedarían superados.

### **3. EL FETICHISMO DE LA DISTINCIÓN “OBLIGACIONES DE MEDIOS/OBLIGACIONES DE RESULTADO”.**

Es casi un lugar común que las sentencias sobre responsabilidad médica repitan una y otra vez eso de que los médicos, por regla general, comprometen una actividad diligente (y algunas sentencias, casi siempre de un mismo Ponente, dicen eso tan cursi de la “lex artis ad hoc”), pero no un éxito, no la curación ni la consecución de un resultado. Ninguna sentencia hace la previa advertencia: de antemano, no podemos partir de que ya se sabe

ante qué tipo de obligación nos encontramos. Y es que para eso se litiga precisamente. Y por otra parte, suele ser habitual mezclar, como si de una misma cosa se tratara, el lenguaje de la responsabilidad por daños con el de la obligación y su correspondiente. Conviene analizar ambas cuestiones por separado.

### 3.1. ¿En qué momento del litigio es útil la distinción?

Es tradicional distinguir en la **actividad médica** aquellas intervenciones en las cuales no se puede garantizar la eficacia del resultado (como son normalmente las de cirugía terapéutica o curativa, y en general, en lo que se da en llamar medicina asistencial) de aquellas en las que la garantía de la eficacia en el resultado es contenido de la prestación debida (medicina satisfactoria, y señaladamente las intervenciones de cirugía estética o embellecedora). En términos muy generales, cabe decir que en las primeras se actúa sobre un cuerpo enfermo, mientras que en las segundas las condiciones son muy distintas, pues el paciente sólo se somete a ellas si se le asegura un perfeccionamiento físico, y la intervención médica no es inevitable. Una tesis de tanta simetría llevaría a decir, simplificando las cosas, que en el primer caso existe un *contrato de servicios médicos*, y en el segundo un *contrato de obra*. De este modo, el esquema probatorio *teórico* sería éste: tratándose de obligaciones de resultado, al acreedor-paciente le basta con probar la no obtención del fin último exigible, dato éste claramente constatable, que evidencia el incumplimiento (aún no sabemos si imputable) y que actúa como hecho constitutivo de la pretensión de resarcimiento; acto seguido, el deudor-médico intentará, por medio de la prueba de la ruptura del nexo causal, deducir que ese incumplimiento no le es imputable; si se trata de una obligación de medios o actividad (intervención quirúrgica a corazón abierto y de pronóstico incierto), no habrá esos ideales *prius* y *posterius* probatorios, pues si la prestación consistía precisamente en una actividad diligente, es impensable que pueda adelantarse el acreedor demostrando la actividad no diligente (con lo que ya habría probado el incumplimiento imputable) y que a continuación pueda el deudor contraprobar demostrando la ausencia de culpa (con lo que quedaría claro, no que hubo un incumplimiento inimputable, sino un efectivo cumplimiento de la obligación).

Pero lo cierto es que en la práctica las cosas no suceden como en este esquema teórico. Cierto es que **cuando la obligación sea de resultado, la prueba del incumplimiento objetivo descarta el análisis de la culpa, y no porque no la haya, sino porque no interesa su evaluación**: ni siquiera es que se presuma, es que queda fuera de toda cuestión en un litigio en el que el *Leistungsprogramm* consistía en un resultado determina-

do exigible. Pero no menos cierto es que, al inicio de un proceso, no sabemos con entera seguridad ante qué tipo de obligación nos encontramos. Ni siquiera en lo que "desde fuera" pudiera parecer una clarísima obligación de resultado queda acreditado nada definitivo con ese primer paso *teórico* que da el demandante con su material probatorio. Es que no hay propiamente ni primer ni segundo paso, sino que ambas partes aportarán sus pruebas, de tal forma que el demandante intentará hacer ver que la obligación era de resultado y el demandado dirá que lo era de actividad. Lo único que está claro al comienzo es que el interés final del acreedor no se obtuvo, pero todavía no sabemos (podremos, como mucho, sospecharlo) si la insatisfacción de ese interés final es al tiempo insatisfacción del interés primario. **La utilidad práctica de la distinción está, propiamente, no en la posibilidad de "etiquetar" la obligación *ab initio*** (cosa siempre difícil para una persona ajena a la esfera técnica a la que pertenecen las actividades médicas y en general, a la que pertenecen muchas de las actividades que deben enjuiciarse cuando el litigio ha de consistir precisamente en una evaluación de la corrección técnica de las mismas) **sino en el tramo final del litigio, cuando las pruebas aportadas o la capacidad discursiva de una de las partes haya logrado convencer al juez de cuál era el verdadero contenido del programa de prestación**. Es siempre un juicio a posteriori el que permite decir constantemente al Tribunal Supremo que la obligación del médico no es la de obtener la recuperación del enfermo, como obligación<sup>37</sup> de resultado, sino más bien una obligación de medios .

Con todo, sí habrá casos en los que se sepa de antemano a qué categoría pertenece la concreta obligación. En general, y como indica CABANILLAS SÁNCHEZ, tendrá decisiva importancia la autonomía privada, pues puede suceder que hayan sido las propias partes quienes hayan determinado si el resultado formaba parte del programa de prestación o no. Y aunque nada se haya dicho, sí se puede entender que, en general, se sabe de antemano que son obligaciones de medios las que se dan cita en los contratos de arrendamiento de servicios, mandato, de trabajo, o las que asumen los administradores de sociedades. Por el contrario, lo serán de resultado las obligaciones nacidas de los contratos de ejecución de obra, servicio bancario de caja de seguridad, transporte, mediación, agencia, comisión<sup>38</sup> mercantil, o las obligaciones de asistencia técnica .

<sup>37</sup> Sentencias, entre otras muchas, de 7 de febrero, 29 de junio y 6 de julio de 1990, 8 de mayo de 1991, 25 de abril de 1994, 12 de julio de 1994, 11 de febrero de 1997, 4 de febrero de 1999 o 18 de abril de 2000.

<sup>38</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, Las obligaciones..., *cit.*, págs. 38 y 48 y ss. No cito, en cambio, como hace este autor, a la obligación de dar, pues es cierto que se trata de una típica obligación

No sirve para quitar validez a la distinción el hecho de que en cualquier obligación de actividad existan resultados "parciales" exigibles (así, para el cirujano, la asepsia del instrumental quirúrgico o, para el abogado, la presentación a tiempo de la demanda o la asistencia a una vista) que se dan cita con deberes, también fragmentarios, de actividad (uso de la técnica adecuada, diligencia, corrección). Pero ello no desvirtúa el carácter de la convención. El resultado exitoso, cuando de obligaciones de actividad se trate, no es más que la meta a la que aspiran los servicios eficientes, pero nada más (así, para los abogados, sentencia de 7 de febrero de 2000). Cuando no se cumpla uno de estos deberes fragmentarios de resultado, a veces se podrá decir que ello es suficiente para que quede a la vista la culpa como incumplimiento de la convención global de actividad (así, no efectuar análisis previos a la intervención quirúrgica o dejar prescribir la acción); otras veces será una pauta más o menos sólida para acreditar tal negligencia. También son de medios, en general, las obligaciones del Notario (art. 146 del Reglamento Notarial), pero no cerciorarse de la identidad de los comparecientes es suficiente demostración de culpa (sentencia de 5 de febrero de 2000). Pero la existencia de varios deberes fragmentarios no altera la naturaleza de la obligación global.

### 3.2. Sinalagma y daños: doble proyección práctica de la distinción

Si continuamos tomando las actividades de los profesionales de la medicina como banco de pruebas, insisto en que la regla general en materia de responsabilidad médica es la de que no cabe, en principio, establecerla sin que quede acreditado que los daños sufridos son consecuencia de la culpa del médico, y en que esto es algo aceptado jurisprudencialmente. O lo que es lo mismo, que la obligación del médico, siendo de mera actividad diligente y no de resultado, no consiste en obtener la curación sino en utilizar la diligencia requerida por el caso concreto. En cualquier caso, se hace obligado distinguir entre lo que es el lenguaje propio de la responsabilidad por los daños causados por la actividad del médico, y lo que es el referente a la prestación en sí y a su

---

*de resultado, pero decirlo sin más explicaciones llevaría probablemente al lector a fijar la atención en la obligación del vendedor, que a mi juicio es obligación solamente de "entregar" (la posesión pacífica de la cosa), pero no de "dar" (dare transmissivo); ello, en un sistema netamente romano como el nuestro, que permite decir que el vendedor no está obligado a transmitir la propiedad. Sobre el tema, CUENA CASAS, Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales, Barcelona, 1996, págs. 442 y ss. El tema excede con mucho del propósito de una Ponencia como ésta.*

correspondiente contraprestación en forma de derecho al cobro de los honorarios. Verdaderamente, la distinción entre obligaciones de actividad y obligaciones de resultado nació con la finalidad de diseñar un esquema de atribución de riesgos: el deudor de una obligación de resultado que no logra obtener el mismo, sea cual sea la causa del fracaso, ha incumplido su obligación. Ello es claro, tan claro como lo está la consecuencia, que no es otra, por ahora, que la pérdida del derecho a la percepción de los honorarios. El que ahora ese incumplimiento sirva para imputar o no al profesional los daños y perjuicios que sobrevengan al cliente por la no consecución del resultado ya dependerá de la causa por la que el fracaso tuvo lugar. Si el Abogado no tiene hecha a tiempo la declaración de Hacienda que se le encargó, no cobrará sus honorarios, y ello, ya sea porque le han incendiado el despacho, porque le han robado los papeles la noche anterior a su entrega o, sencillamente, porque se ha descuidado en la consecución del encargo. Pero de los daños que todo ello provoque al cliente en forma de multas, recargos, etc., sólo dejará de responder el profesional si el fracaso se ha debido a una causa ajena. Y, naturalmente, si la Administración tributaria no sanciona al contribuyente (porque no le somete a inspección o por la razón que sea) y éste no sufre entonces daño alguno, el Abogado no responde por no haber dañado, pero sigue sin cobrar sus honorarios. Si el analista clínico no cumple con la obligación de dar al paciente el resultado del análisis de hemoglobina glicosilada que se le solicita, o lo hace mal, por lo pronto ello exime de pagar los honorarios al profesional. Pero los daños que de ello se deriven (así, un diagnóstico equivocado de diabetes *mellitus* que se basa en la interpretación dada por el endocrino a los análisis clínicos mal hechos) serán imputables al analista salvo que demuestre la causa ajena (por ejemplo, que un extraño cambió las muestras sanguíneas o que una extraña contaminación provocó la alteración de las mismas).

Pensemos ahora, en cambio, en la obligación, típicamente de medios, asumida por el cirujano de llevar adelante una complicada intervención. Y pensemos que la intervención se hace mal: el cirujano no pone en práctica ninguna norma elemental de la *lex artis*, opera ebrio, sin lavarse las manos ni hacer uso de guantes de quirófano, fumando puros habanos durante la intervención y experimentando sobre el aparato digestivo del sufrido paciente con instrumental sucio y oxidado. Pero pensemos también que, por un extraño milagro, el enfermo cura. No hay daño alguno para él, pero la incompetencia del médico no le hace acreedor de honorarios. El cliente no ha sufrido daños, y no hay responsabilidad civil del facultativo, pero al mismo tiempo, éste no ha cumplido el encargo, o lo ha cumplido mal... y no cobra. La obligación de actividad (diligente) se ha incumplido, pero la Diosa fortuna ha procurado que la dolencia se cure. No

sabemos *quién* lo ha conseguido, pero sí, desde luego, *quién no*.

Se trata, pues, de dos lenguajes diferentes. Inicialmente la distinción atribuida a DEMOGUE fue referida solamente a la asunción de los riesgos, o lo que es lo mismo, a si el acreedor cobra o no cobra, y no tanto a la responsabilidad por daños. Importa la distinción para saber lo que da de sí el sinalagma obligacional, y después habrá que examinar si se dan los requisitos de la responsabilidad civil. Lo que sucede es que, a mi juicio, diferenciar obligaciones de medios y obligaciones de resultado es algo que arroja sus consecuencias sobre el juicio de responsabilidad, desde el mismo instante en que el primer elemento de la responsabilidad civil consiste en una acción u omisión (dañosa) que, cuando de responsabilidad contractual se trata, consiste precisamente en un incumplimiento de contrato. La conjunción de ambos planos determinará así que se puedan producir interesantes cruces:

*Primero:* si el deudor lo es de una obligación de resultado (así, extraer una pieza dentaria maltrecha, entregar una prótesis o elaborar un dictamen):

a) Cuando el resultado se consigue, habrá derecho a la percepción de los honorarios, y ello aunque el deudor no haya utilizado ni tan siquiera una diligencia media: se remunera un resultado, no un actuar diligente. Y, naturalmente, no hay responsabilidad civil porque no hay daños.

b) Si el resultado no se obtiene, se pierde el derecho a cobrar honorarios, sea cual fuere la razón del fracaso. Si ello determina la producción de daños, no se responderá de los mismos si la causa ha sido ajena (vgr., incendio con corte de luz en la consulta), habiendo responsabilidad civil si no fue así, y correspondiendo la prueba del caso fortuito al deudor. Con independencia de qué haya pasado con los honorarios, se responderá o no de los daños según el incumplimiento haya sido imputable o inimputable.

*Segundo:* si la obligación es de actividad (vgr., el seguimiento de una enfermedad crónica, una intervención quirúrgica complicada o la asunción de un litigio por un letrado):

a) La actividad diligente determina la perfecta procedencia del correspondiente: el médico cobra. Si, a pesar de la diligencia, sobrevienen daños (vgr., el paciente fallece, cosa que a priori era bastante probable), no se responde civilmente: sin culpa probada no hay responsabilidad cuando la obligación es de medios (lo más probable es que se deban a causa ajena, faltando entonces

no sólo la culpabilidad sino también la causalidad, pero no es necesario identificar tal causa para exonerarse).

b) La actividad negligente supone siempre incumplimiento, con pérdida del derecho a honorarios; si además trae consigo daños, esa culpa que sirve para calificar de imputable el incumplimiento, sirve también como factor de atribución de los daños: no se cobra, y además se responde. Si a pesar de haber culpa, el cliente no sufre daños, no existe responsabilidad civil (lo que ahora falta es el daño como elemento de la responsabilidad).

Y todo ello, siempre desde la base de que la distinción carece de utilidad en el momento de plantearse la reclamación: el juez tiene ante sí la pretensión de un médico que reclama unos honorarios, o la de un cliente que no sólo no los quiere pagar, sino que además pide el resarcimiento de los daños que dice haber sufrido. Uno y otro aportarán sus pruebas, y cómo convenzan unas y otras será lo que lleve finalmente al juez a calificar el vínculo de una o de otra manera y de extraer consecuencias en ambos planos: el del sinalagma y el de los daños y perjuicios.

Existirán entonces tres niveles de fracaso en la actividad del médico: en un primer nivel se situarán aquellas actuaciones ligeras o descuidadas que solamente dejan ver una falta de «reflejos» o de «ojo clínico»: son pequeños fallos comúnmente aceptados como tolerables. Son comportamientos que no trascienden a ninguno de los dos planos referidos aquí: hay médicos buenos y los hay menos buenos, los hay caros y baratos, ocurrentes y romos, como sucede en cualquier profesión o arte. En un segundo nivel se sitúan las negligencias que traen consigo la pérdida del derecho a los honorarios, pero que no llevan al médico a responder civilmente porque no existe daño que resarcir. Y, por último, negligencias que no sólo quiebran el sinalagma e invitan al cliente a no cumplir con su correspondiente, sino que constituyen además un adecuado factor de imputación de los daños causados.

#### **4. UN DOBLE LENGUAJE NO SIEMPRE BIEN ENTENDIDO POR EL TRIBUNAL SUPREMO.**

Y puestos a utilizar, sin decirlo, un doble lenguaje, a veces se dicen verdaderas barbaridades. Es muy habitual mezclar las cuestiones de responsabilidad por daños con las de subsistencia o extinción de la obligación. Cuando el art. 1182 C.civ. dice que “*Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora*”, o cuando el art. 1183 dispone que “*Siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la*

*pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario*”, para nada están regulando extremos que tengan que ver con la responsabilidad civil. Los preceptos regulan solamente si la obligación subsiste o si se ha extinguido, pero no si el deudor debe o no reparar los daños causados: eso tiene su propia regulación: los arts. 1101 y ss. Y todo ello tiene importantes consecuencias, como por ejemplo:

1º La acción de cumplimiento específico se basa en el hecho objetivo del incumplimiento: la obligación subsiste, y subsiste insatisfecha, pues la imposibilidad de prestar se ha debido a hecho imputable al deudor (o éste se encontraba en mora). Así de simple habrá de ser la tipología de todo litigio en el que se discuta la extinción de la obligación o su perpetuación (arts. 1182 y 1184 C.civ.). Pero el acreedor no necesita demostrar daño alguno, pues, tratándose de una pretensión de cumplimiento, basta con que éste sea todavía posible. Y si ya no lo es, pretender la *“aestimatio rei”* tampoco precisará alegar que existe un daño conectado con el incumplimiento, y subjetivamente imputable al deudor: como la obligación no se ha extinguido, “se debe” el equivalente. Remedio, pues, automático, que opera cada vez que no sea posible<sup>39</sup> la ejecución específica de una obligación que sigue viva .

2º. En cambio, la indemnización de daños y perjuicios (que es cosa compatible con la acción de cumplimiento) requiere la prueba del daño sufrido<sup>40</sup>, y no es remedio automático, sino más bien eventual . Si yo sigo dispuesto a que el promotor moroso me entregue el chalet diez meses más tarde de lo previsto, sólo si alego y pruebo los daños moratorios (hotel y guardamuebles, por ejemplo) y el resto de los elementos de la responsabilidad, obtendré una indemnización. El solo fundamento del crédito contractual constituye suficiente prueba para pedir el cumplimiento o su equivalente, pero no la indemnización .

3º. Eso sí, cuando el acreedor mantiene viva su acción de cumplimiento, este hecho por sí sólo no determina la responsabilidad por daños moratorios. Así, si al deudor no le es posible la entrega del *genus* por causa ajenas a él, sigue obligado a la entrega, pero el caso fortuito le exonerará de indemnizar los daños moratorios<sup>41</sup> .

<sup>39</sup> LLAMAS POMBO, Cumplimiento por equivalente..., cit., pág. 101.

<sup>40</sup> LLAMAS, loc. cit.

<sup>41</sup> CARRASCO PERERA, Comentario del artículo 1101 del Código civil, en Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, t. XV, vol. 1º, Madrid, 1989, pág. 406.

<sup>42</sup> CARRASCO PERERA, cit., pág. 404. En la conocidísima sentencia de 13 de junio de 1944, se lee que la guerra civil

4º. Que no deba responder el deudor cuando el daño sufrido por el acreedor se ha debido a una causa no imputable no tiene por qué implicar la extinción de la obligación: el art. 1101 no prejuzga si la obligación subsiste o se extingue (ése es tema de *“perpetuatio obligationis”*, no de estricta responsabilidad). El pintor no responde si el hijo del acreedor empuja la escalera sobre la que aquél se sostenía, viniendo a caer sobre el tapiz un bote de pintura, ni responde el conductor del autobús si el viajero se lesiona debido a las maniobras que tuvo que efectuar para evitar el atropello del suicida. Y sin embargo, el pintor sigue obligado a pintar y el viajero sigue teniendo derecho a que le conduzcan al punto de destino .

Por todo ello no se entiende muy bien que, a la hora de decidir si se ha probado o no un adecuado criterio de atribución de responsabilidad en un caso de responsabilidad médica, se recurra a estos preceptos, para, por ejemplo, entender que en el ámbito médico debe jugar una presunción de culpa. Eso es justo lo que hace la sentencia de 28 de junio de 1999. Se trataba de un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis. Después de dar por sentado que el celebrado era un contrato de obra, generador de obligación de resultado, y que el médico no había probado el caso fortuito (art. 1105), la sentencia apela a la “presunción de culpa contractual, que deriva como principio general, del artículo 1183 del Código civil”.

Falso. Tal presunción de culpa, de existir en ese artículo, existe para decidir que la obligación sigue viva, que no se ha extinguido: el médico sigue obligado a prestar el tratamiento, y, de no ser ya posible, a entregar su equivalente pecuniario (en el caso, el precio). La indemnización de daños y perjuicios se gobierna por los arts. 1101 y ss., y necesitará la concurrencia de los requisitos de la responsabilidad contractual: probado el daño por el paciente, y no probada por el médico la concurrencia del caso fortuito, el facultativo habrá de pagar la indemnización que corresponda (encarecimiento de las materias primas y de los servicios de otro facultativo –no así la cantidad concurrente entre ambos tratamientos, pues el precio ya ha sido devuelto–, daños morales y corporales, etc.). Si precisamente el art. 1183 termina diciendo “y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096” es porque en éste se diferencian perfectamente las pretensiones de cumplimiento de la obligación y las pretensiones de reparación de daños.

*impidió durante tres años la entrega del aceite vendido. Al ser obligación genérica, el vendedor seguía obligado a cumplir, pero no a indemnizar por la mora.*

<sup>43</sup> Afortunados ejemplos de CARRASCO, cit., pág. 384.

Sentencias como la anterior pueden invitar a pensar que el mero incumplimiento de una obligación genera responsabilidad civil, y no hay nada más lejos de la realidad. En la responsabilidad contractual, la acción u omisión consiste en el incumplimiento de un contrato, en la medida en que tal circunstancia ha dañado los intereses del acreedor. Cierto que en una acepción muy amplia del término, la responsabilidad del deudor por el incumplimiento de sus obligaciones implica hablar de los efectos, cualesquiera sean éstos, que tal incumplimiento puede producir en su patrimonio. En términos de HERNÁNDEZ GIL, cabe así entender la responsabilidad patrimonial como "conjunto de consecuencias jurídicas a que queda sometido el deudor en cuanto ha asumido un deber y que tienden a dotar de efectividad al derecho del acreedor"<sup>44</sup>.

Pero desde ese concepto amplio deben practicarse sucesivas acotaciones. Cuando existe un incumplimiento contractual, puede suceder en primer lugar que todavía no nos encontremos ante un caso de imposibilidad definitiva. El acreedor tratará de conseguir en primer término el cumplimiento *in natura*, y ello dará lugar a la llamada **ejecución forzosa**, a través de la cual se hace efectivo el poder coactivo del acreedor (arts. 1096, 1098 y 1099 C.civ.). Si la prestación ya no es objetivamente posible (o, siéndolo, ya no le sirve al acreedor, vgr., la boda ha tenido ya lugar, y el vestido de novia lo termina el sastre dos semanas más tarde), ya no es viable el cumplimiento *in natura*, y el acreedor podrá pedir, de manera subsidiaria, el **equivalente pecuniario o "aestimatio rei"** (y siempre que no haya concurrido una circunstancia que determine la extinción de la obligación). No se trata de una nueva obligación, sino de una transformación del objeto de la primitivamente asumida. No es que ésta se extinga y nazca otra nueva, sino que la primera se perpetúa, como lo demuestra con claridad meridiana el art. 1182 C.civ., que sólo proclama la extinción de la obligación cuando la prestación se hace imposible por causas no imputables al deudor ("*perpetuatio obligationis*").

Pero, tanto en el caso del cumplimiento forzoso como en el de cumplimiento equivalente, habrá que reponer en la esfera jurídica del acreedor lo que media entre su situación real y la situación en la que se encontraría en caso de que el cumplimiento exacto hubiese tenido lugar. Y como, además de perder la prestación a que tenía derecho, el acreedor puede haber sufrido por razón del incumplimiento otros daños, el sistema le proporciona otro remedio: el **resarcimiento de daños y perjuicios**. Precisamente por eso dice el art. 1096 C.civ.

<sup>44</sup> HERNÁNDEZ GIL, Derecho de obligaciones, Madrid, 1976, pág. 70.

que en las obligaciones de dar, el deudor puede ser compelido a que realice la entrega *independientemente* del derecho a ser indemnizado que le otorga el art. 1101.

Desde este punto de vista, la "*aestimatio rei*" y la indemnización o "*id quod interest*" son conceptos<sup>45</sup> que se deben separarse inicialmente con absoluta nitidez. Proporcionar al acreedor el equivalente pecuniario no es algo que tenga una función resarcitoria, sino de cumplimiento: el deudor debe cumplir "*in natura*", pero si no lo hace, deberá cumplir prestando el equivalente, y por eso son incompatibles la ejecución forzosa de la obligación originaria y la prestación del equivalente. O se cumple con lo que era debido, o se paga la "*aestimatio*", pero ni una cosa ni otra son reparación de daño alguno, sino cabal cumplimiento o cumplimiento por equivalencia, respectivamente. No son medios de tutela del crédito que tengan que ver, en sentido técnico, con la responsabilidad contractual. Pero, eso sí, siendo incompatibles ambas formas de cumplir, cada una es individualmente compatible con la pretensión resarcitoria: cuando el acreedor, además de la prestación o su valor, quiere verse reintegrado de todos los efectos dañosos que el cumplimiento tardío (en el primer caso) o el incumplimiento definitivo de la primitiva obligación y su sustitución por la "*aestimatio rei*" (en el segundo) le hayan podido reportar, tratará de conseguir una indemnización. Y ésta sí es una nueva obligación, por mucho que conserve determinados puntos en común con la anterior. De la misma manera, si el acreedor opta por resolver el contrato por incumplimiento, el que ello sea radicalmente incompatible con la pretensión de cumplimiento, no le priva de su derecho a exigir la reparación de los daños que ha sufrido (art. 1124, p<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> C.civ., y lo mismo, para las obligaciones mercantiles, en el art. 329 C.com.).

Es lógica la frecuencia con que la jurisprudencia afirma que la obligación de reparar no nace por el simple incumplimiento de la obligación primitivamente asumida: se necesita además una lesión para los intereses de ese acreedor en beneficio del cual se encontraba configurada la relación obligatoria: el solo<sup>46</sup> incumplimiento no genera obligación de resarcir daños. La obligación de

<sup>45</sup> Cosa que no hace el art. 1135 C.civ., que confunde indemnización con precio o valor de la cosa, a diferencia de lo que, con corrección, hace el art. 1136. Algo parecido parece ocurrir en el art. 1150. Tampoco diferencian los arts. 1152 y 1153, de los que no se deduce a primera vista si la pena sustituye sólo a la indemnización de daños o comprende también el valor de la prestación. Sí distingue indemnización y precio el art. 1147, p<sup>o</sup> 2<sup>o</sup>, y, en sede de "*perpetuatio obligationis*" (que no de responsabilidad), el art. 1185 habla correctamente de precio.

<sup>46</sup> Por todas, pueden verse las sentencias de 29 de noviembre de 1985, 24 de septiembre de 1986, 29 de noviembre de 1990, 10 de junio de 2000 o 30 de junio de 2000.

reparar no da así solución al problema que para él supone el incumplimiento de la prestación, sino al problema originado cuando por ese incumplimiento se ha generado un daño en su patrimonio. Como señala CAPILLA RONCERO, la obligación de reparar no se limita a sustituir la obligación de cumplir específicamente<sup>47</sup> (de lo contrario, todo deudor podría escoger entre cumplir o indemnizar). A lo que obliga el art. 1101 C. civ. no es a indemnizar un abstracto incumplimiento del deudor, sino unos daños y perjuicios causados por quienes en el incumplimiento de sus obligaciones incurren en alguna de las formas de contravención previstas en el precepto. Si en alguna ocasión da la impresión de que el Tribunal Supremo ha sostenido la existencia de un daño por el solo incumplimiento, lo cierto es que del análisis del caso concreto se puede deducir la realidad efectiva del daño<sup>48</sup>. Eso es justo lo que parece suceder en la sentencia citada de 28 de junio de 1999, pues evidentemente, el fallo en el tratamiento dental provocó daños. Pero convendría mayor precisión contractual, no sea que haya quien piense que, probado el incumplimiento, nada más hace falta para que a uno le den la indemnización que pretende.

## 5. ¿ES CIERTO QUE DEBE SER EL PACIENTE (O SUS HEREDEROS) QUIEN PRUEBE LA CULPA MÉDICA?

*Sea culpa contractual o culpa extracontractual la que protagonice el supuesto de hecho concreto, resulta obligado comprobar que la apreciación de la culpa o negligencia suele jugar en la práctica jurisprudencial con unas especificidades muy notables cuando de negligencia médica se trata. No es que ésta no participe de las fórmulas generales que apuntan hacia la objetivación, pero sí se puede decir que los tribunales son aquí mucho más cautelosos, cosa de la que hay que felicitarse.*

<sup>47</sup> CAPILLA RONCERO, La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito, Cádiz, 1989, pág. 44.

<sup>48</sup> Así, si la sentencia de 9 de mayo de 1984 dice que el incumplimiento puede suponer "per se un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral", no es porque el Supremo quiera iniciar un cambio de rumbo. Era el caso del abogado que demandaba a la Compañía Telefónica como consecuencia de haberse omitido en la Guía Telefónica de Lérida sus datos personales y profesionales, y la sentencia no se limita a devolverle las cantidades pagadas a la compañía. Al margen de éstas, el daño existía. Hay comentario de la sentencia en IGARTUA ARREGUI, Comentario de la sentencia de 9 de mayo de 1984, en C.C.J.C., n° 5, págs. 1631 y ss. Últimamente, la sentencia de 28 de diciembre de 1999 dice que, en líneas generales, sigue en pie el principio de que el solo incumplimiento no genera responsabilidad por daños, pero que puede suceder que del solo incumplimiento se derive fatalmente la existencia del daño.

*Una afirmación más o menos constante es la que, a modo de regla general, encontramos en numerosas sentencias: si, salvadas las excepciones, lo normal es que las actividades médicas se enmarquen en el cauce de las obligaciones de actividad o de medios, el Tribunal Supremo concluye de manera habitual diciendo que no basta, para que aflore la responsabilidad, que el resultado apetecido por ambas partes de la relación (el éxito, la curación), no se haya obtenido. El demandante deberá demostrar, por lo tanto, que existió culpa o negligencia en el facultativo.*

*Con todo, la propia jurisprudencia se está ocupando de suavizar un esquema probatorio que, como el apuntado, pone las cosas muy difíciles a todo paciente damnificado que pretenda demandar una responsabilidad por daños. Ello se consigue a través de<sup>49</sup> diferentes expedientes, todos muy visibles por explícitos :*

Uno de ellos consiste en una argumentación que quiere hacer ver la "mejor posición probatoria" en que se encuentra un facultativo frente a sus pacientes. Dice, por ejemplo, la sentencia de 2 de diciembre de 1996 explica: "cuando se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandados, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer sobre el actor la carga de probar los hechos constitutivos de su pretensión, desplazándola sobre la parte que se halle en mejor posición probatoria, aunque sea la demandada, por su libertad de acceso a los medios de prueba". Igualmente, menciona de forma expresa la obligación del médico de contribuir activamente a probar que no existió en su actuar negligencia ni imprevisión la sentencia de 28 de julio de 1997, para un caso de intervención para extirpar un carcinoma de útero: el demandante no tiene por qué verse obligado a probar qué hechos serían los que exonerarían al médico, como el caso fortuito, para razonar que en el supuesto concreto no concurren los mismos: tendrá que ser el demandado el que aporte la prueba exoneradora, como corresponde a su mejor posición en el conocimiento de la esfera técnica del caso.

El segundo elemento destacable, combinado con el anterior, tiene como resultado un panorama bien distinto al que presentaba la que antes describí como regla general: me refiero a los expedientes de "culpa virtual". Un instrumento quirúrgico de cuarenta centímetros de

<sup>49</sup> Sobre el tema, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba, Madrid, 1999, y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho, Madrid, 1996.

largo y un kilo de peso abandonado en el abdomen del paciente en el curso de la operación quirúrgica (Niza, 1979), deja patente, *prima facie*, una negligencia médica. Como dice la citada sentencia de 2 de diciembre de 1996, “aun cuando sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación, no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste, comparativamente, es desproporcionado con lo usual, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revelando la penuria negligente de medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización”.

No constituye en este punto la jurisprudencia sobre la prueba de la culpa médica una excepción a las tendencias generales. La diferencia está en que, si en las sentencias sobre temas no médicos, la inversión de la carga de la prueba es la regla, en la jurisprudencia médica es la excepción, o al menos se exige para ello el condicionante previo del “resultado desproporcionado”. Pueden verse en este sentido las sentencias de 9 y 12 de diciembre de 1998.

Un tercer elemento que viene a sentar otra excepción e el esquema subjetivista o por culpa de la responsabilidad médica es el que consiste en distinguir el *acto médico* en sí, regido en lo que a la responsabilidad civil se refiere por los metros de medida de la responsabilidad por culpa de los preceptos del Código civil, y los *servicios sanitarios*, que, a tenor de las declaraciones jurisprudenciales, no precisan la culpa de nadie para determinar la responsabilidad de la Administración sanitaria (INSALUD y Administraciones autonómicas, señaladamente). Un régimen de responsabilidad objetiva que en los últimos años ha sido definitivamente trasladado al terreno de los *servicios sanitarios*. Llamaba la atención que, a pesar de que los servicios sanitarios se encuentran recogidos expresamente en la enumeración que el art. 28.2 hace de los productos y servicios que *en todo caso* se someten al régimen de responsabilidad objetiva, ni los demandantes invocaban ni los Tribunales aplicaban el precepto. Y cuando tenían ocasión para pronunciarse, lo hacían para declarar paladinamente que no cabe aplicar el art. 28 L.C.U. porque en el ámbito médico-sanitario queda descartada la responsabilidad objetiva<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> *Interesante el trabajo de PANIZA FULLANA, Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores, R.G.D., enero-febrero 1999, págs. 75 y ss., en el que se relata la evolución jurisprudencial.*

Pues bien, desde la sentencia de 1 de julio de 1997<sup>51</sup>, dictada para un caso de infección hospitalaria en un centro del INSALUD, la idea contraria ha quedado aceptada de manera definitiva: si está admitida la necesidad de medir la responsabilidad *del médico concreto* en función de la concurrencia o no de culpa en su actuación (como corresponde al campo de las obligaciones de medios), no sucede lo mismo con los servicios sanitarios, que deben regirse por las pautas de la responsabilidad objetiva al tratarse de servicios que se encuentran mencionados en la relación del art. 28.2, pero que, aunque así no fuese, incluyen “*necesariamente la garantía de determinados niveles de pureza, eficacia o seguridad*” (art. 28.1). Que no quepa apreciar la responsabilidad de un cirujano por haber sido exquisitamente diligente en la intervención no significa que no se pueda condenar al titular del centro sanitario cuando el servicio prestado ha sido defectuoso<sup>52</sup>.

## 6. EL PRETEXTO DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LAS SORPRESAS QUE DA LA VIDA.

Como resulta lógico, y en aplicación de los principios probatorios comunes, el damnificado es quien deberá acreditar necesariamente la conexión causal entre la conducta del agente y el daño sufrido. Pero ello, tanto si la responsabilidad se basa en la culpa como si se trata de un supuesto de responsabilidad objetiva o por riesgo. Lo que está detrás del binomio responsabilidad subjetiva/responsabilidad objetiva es solamente un problema de factores o criterios de atribución: por razón de culpa en la primera y sin culpa en la segunda, pero los restantes elementos de la responsabilidad civil continúan en pie, y entre ellos, la relación de causalidad. En el imperio de la responsabilidad objetiva no cabe la exoneración si el demandado solamente demuestra que no hubo culpa, pero sí cuando demuestre la ruptura del nexo causal. Es responsabilidad *objetiva*, no responsabilidad *automática*.

Así por ejemplo, en la sentencia de la Sala 3ª de 10 de febrero de 1998 leemos que la responsabilidad de la Administración “se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal”, y que “ni siquiera es necesario probar que el servi-

<sup>51</sup> *Comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en C.C.J.C., n° 45, págs. 1218 y ss.*

<sup>52</sup> *Con posterioridad, pueden verse en la misma línea las sentencias de 21 de julio de 1997, 9 de junio de 1998, 18 de junio de 1998, 9 de diciembre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 9 de marzo de 1999, 24 de septiembre de 1999 y 30 de diciembre de 1999. La de 6 de mayo de 1998 fue estudiada por mí en Cegueras producidas en niños prematuros, en Actualidad del Derecho sanitario, n° 40, junio 1998, págs. 275 y ss.*

cio público se ha desarrollado de manera anómala”. Pero, siendo ello cierto, también lo es que el resultado de la exhaustiva prueba pericial practicada impide aceptar la premisa “de haber estado sometido el menor a un riesgo por excesiva oxigenación, lo que hubiera exigido una probanza clara y determinante de dicha situación, siendo la apreciación crítica de la mencionada prueba pericial (...), la que no permite llegar a esa conclusión. Por ello, y confirmando los criterios de la sentencia recurrida, la relación de causalidad era imprescindible para deducir la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (...), y no queda acreditado, en el caso examinado, su existencia”<sup>53</sup>.

En cambio, se equivoca gravemente la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 9 de noviembre de 1999, cuando dice que la responsabilidad objetiva “nace por el resultado producido, sin que quepa alegación alguna de exclusión de la responsabilidad”.

El que la prueba de la causalidad corresponda al demandante no significa que haya que pedir a éste un especial rigor probatorio: como siempre, cabrán, por ejemplo, las pruebas de presunciones. Así, la sentencia de la Sala 2ª de 12 de mayo de 1986 se refiere a los “cursos causales no verificables”, como “hipótesis en que la causalidad *posible* existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural”.

Lo que sucede es que esta dulcificación de la prueba lleva a situaciones algo anómalas, como las que en la doctrina francesa se han puesto de manifiesto en materia de responsabilidad médica: ya no es que se presume la culpa, sino que la presunción abarca al propio nexo causal (“*causalité virtuelle*”). No se tiene muy claro, por ejemplo, qué ha ocurrido en ese hospital durante la estancia del paciente, ni tampoco qué concreto daño ha sufrido, pero sí que salió peor que entró, disminuyendo sus posibilidades de curación. Se condena entonces al centro por la “*perte d'une chance*”: al no quedar acreditada la conexión entre la conducta del médico y el daño sufrido *en concreto* (unas lesiones, por ejemplo), se facilita la posición del demandante sobre la base de una *causalidad aleatoria* que presume al médico autor de un daño *abstracto*. Por medio de este artificio judicial se sustituye la reparación de un daño no probado por la de indemnización de equidad, a la vista de un daño que no consiste en otra cosa que en la pérdida de posibilidades de curación. Fórmula intermedia que resulta pintoresca,

<sup>53</sup> Esta sentencia fue objeto de mi trabajo Cegueras producidas en niños nacidos prematuramente, *Actualidad del Derecho sanitario*, n.º 40, junio 1998, pág. 275.

pues una cosa es que se simplifiquen ciertos aspectos de la prueba de la causalidad y otra muy distinta que este *presupuesto de la responsabilidad civil* no tenga que ser probado por quien aduce la existencia del deber<sup>54</sup>.

Por otra parte, no deja de ser curiosa una circunstancia: se habla, por una parte, de la superación de la teoría de la causalidad adecuada, basada en la regularidad estadística, para dar entrada a una suerte de causalidad eficiente con el objeto de que no se escapen los casos concretos que hayan encontrado su imputación en factores distintos a los que marcan las leyes de la probabilidad. Pero, al mismo tiempo, cuando la prueba de la causalidad es difícil, se vuelve a retomar la idea de la probabilidad. Como ha dicho DE ÁNGEL, “cuando es imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez, que puede contentarse con la *mera probabilidad de su existencia*, se encuentra en una posición más cómoda si esa posibilidad puede expresarse en términos aritméticos o estadísticos; en definitiva, expresados en porcentajes. Dicho de otro modo, cabe la condena del demandado, considerándose por tanto que la relación de causalidad se ha probado, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a un “grado suficiente de probabilidad”, sobre todo cuando es una probabilidad próxima a la certeza o, simplemente, una “alta probabilidad”. De ahí la fórmula jurisprudencial norteamericana del “*more probable than not*”, en cuya virtud es suficiente contar con una probabilidad de más del 50% para concluir que la “causa” imputable al demandado es soporte de la relación de causalidad del caso que se enjuicia”<sup>55</sup>.

O lo que es lo mismo, ante la dificultad, regreso (¿resignado?) a la causalidad adecuada. Y a lo mejor no cabe otra solución cuando los criterios de imputación conocidos no la dan. Pero ¿qué índice de probabilidad marca la razonable probabilidad? El dato que da este autor sobre el estudio de la Asociación Californiana del Corazón es curioso: “cuando un grupo de cinco cardiólogos examinaron los expedientes de 319 víctimas de ataques cardíacos, hubo una división de opiniones de tres a dos en la mayor parte de los casos y sólo en 47 hubo acuerdo; **más alarmante todavía fue descubrir que cuando 101 de esos casos fueron sometidos de nuevo a la consideración del grupo de especialistas, sin que**

<sup>54</sup> Y no digamos que cuando se llega aún mas lejos en la libre valoración del nexo causal, sobre la base de que el tratamiento médico ha ido precedido de la *creación de un riesgo injustificado*. En tales supuestos, el nexo causal se presume, y el médico resulta condenado a la reparación íntegra de un daño ¡que se da por probado! PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Paris, 1977, págs. 114 y ss.

<sup>55</sup> DE ÁNGEL, en Comentario del Código civil (art. 1902), t. 8, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 435.

**antes supieran ellos que ya les habían sido planteados, en el 30% de los casos el dictamen previo de los cardiólogos fue distinto”.**

Con todo, una notable dulcificación de la prueba de la causalidad ha estado presente en las últimas tres décadas en aquellas actividades que, de por sí, presentan inicialmente un peligro. Pero, hasta la fecha, a lo más que se había llegado era a deducir la relación causal por medio de la prueba de presunciones, con o sin cita expresa del art. 1253 C.civ. (ahora derogado por la L.E.Civ., que se ocupa del tema en el art. 386). Es el caso de la conocida sentencia de 14 de marzo de 1978, en la que, ante el incendio de unos almiars de paja, se presumió la causalidad con el hecho de que poco antes había circulado entre ellos un tractor que desprendía chispas por el tubo de escape. Pero esa técnica, consistente en enlazar un efecto a un proceso causal no enteramente verificado, pero alrededor del cual existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, ha quedado ya superada. Desde luego, el caso más emblemático fue el del aceite de colza desnaturalizado. Había que condenar como fuera al Estado, dadas las magnitudes de la tragedia. La fórmula de la sentencia de la Sala Segunda de 26 de septiembre de 1997 consistió en condenar a un funcionario (el Director del Laboratorio Central de Aduanas) cuya atribución no era nada relacionado con la salud pública, sino ¡clasificar las sustancias de cara a su tratamiento arancelario! Pero es que los aceiteros, únicos causantes de la introducción para el consumo humano de un aceite que era de uso industrial, eran insolventes. Y entonces, la mayor condena de nuestra historia (unos quinientos mil millones de pesetas) se resolvió, en fin, fingiendo una inexistente relación de causalidad con un servicio público de exclusivo carácter tributario.

Conviene resaltar, para concluir, que si el problema de la existencia o no de causalidad es una cuestión de hecho reservada a los Tribunales de instancia, no ocurre igual con eso que hemos dado en llamar, acaso con alguna impropiedad, “causalidad jurídica”, o lo que es lo mismo, con los problemas de imputación objetiva. Lo mismo que el concepto de culpa o negligencia que haya manejado la instancia (imputación subjetiva), se trata de cuestiones de Derecho revisables en casación (así, sentencia de 6 de marzo de 1999).

## **7. EL FUNCIONAMIENTO “NORMAL O ANORMAL” DE LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS: UNA COPLA RECURRENTE.**

Pocas voces se han alzado, y de modo reciente, contra un sistema como el español en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas que lleva casi

medio siglo recibiendo parabienes doctrinales y siendo considerado como uno de los más protectores del mundo. No podía ser de otra manera, pues nuestras normas le dicen al perjudicado que recibirá una indemnización aunque el daño haya sido consecuencia del funcionamiento **normal** del servicio público. Un sistema de responsabilidad que, si se me permite el chascarrillo, tiene como factor de atribución a “*la pólvora del Rey*”, que repara daños que muchas veces no encontrarían reparación si su autor fuera un empresario privado y que se aproxima más a las normas de asistencia social que a las que deben regular la responsabilidad civil de manera sensata.

Y es que, si bien es verdad, como dice MARTÍN REBOLLO, que el principio de responsabilidad de las Administraciones Públicas es uno de los pilares básicos del Estado de Derecho (pues lo lógico es que los efectos perjudiciales de una actividad que, como la de los poderes públicos, está dirigida a lograr beneficios colectivos, deben ser asumidos también por toda la colectividad), ello no tiene que significar para el sistema la constante asunción de *cualquier* daño, incluso del que se ha debido al correcto funcionamiento del servicio público. Eso sólo puede suponer que el diseño de la responsabilidad de los poderes públicos en España no tiene ningún carácter profiláctico, no sirve para aportar nada a las pautas de calidad y de buen funcionamiento que deben tener los servicios públicos: si se responde tanto en los casos en que éstos funcionen mal, como cuando funcionen medianamente bien y hasta muy bien, ni quienes tienen a su cargo las prestaciones pondrán mucho esmero en hacerlo con exquisita corrección ni los jueces tendrán a la vista estándares de funcionamiento que estén por encima de lo mediocre, lo que se tiene que traducir a la fuerza en condenas a ojo que sólo tratan de esconder las propias arbitrariedades<sup>56</sup> de un sistema próximo a la asistencia social universal .

Evidentemente, algo se ha mejorado desde que la Ley 4/1999 ha reformado el art. 145.2, de modo que la acción de regreso de la Administración contra el funcionario que actuó con dolo o negligencia grave debe ser ejercitada en todo caso (se sustituyó “*podrá exigir*” por “*exigirá de oficio*”). Algo, pero poco.

Fijémonos en la sentencia de 14 de junio de 1991, conocida como el “caso de los aneurismas gigantes” y tomada como paradigma de los excesos del sistema. La paciente presentaba aneurismas gigantes en ambas carótidas, y el cirujano optó por reducir primero la del lado

<sup>56</sup> MARTÍN REBOLLO, La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica, en *Revista Documentación Administrativa*, 237-238 (enero-junio 1994),. págs. 30 y ss

derecho, ocluyéndola con un clip al no ser viable otra posibilidad. Pero, contra lo previsible, la otra carótida no suministró suficiente flujo de sangre al cerebro, lo que produjo a la enferma graves secuelas. La intervención facultativa fue irreprochable, pues no había motivos para pensar *a priori* que los riesgos habrían sido menores si se hubiera intervenido antes sobre la carótida izquierda. Con todo, el Supremo dijo que un supuesto de responsabilidad que tiene carácter objetivo significa la “desconsideración total de las circunstancias y conductas de quienes lo crean, organizan, controlan o vigilan y del personal que lo realiza”, y que procedía entonces la condena del INSALUD, pues “lo único relevante para la Sala ha de ser la incidencia, a efectos de causalidad, de la intervención quirúrgica llevada a cabo en un Centro de la Seguridad Social”. “(...) Ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala”, dice la sentencia de 29 de octubre de 1998.

Sencillamente, el Presupuesto público de un país como el nuestro no se puede permitir la cobertura de un sistema tan poco realista<sup>57</sup> que, al hacer responsables a las Administraciones también de los daños producidos por el funcionamiento *normal* de los servicios públicos, no concede otra alternativa que la de no prestarlos. ¿Es eso el Estado social?

Por eso no es de sorprender que, de espaldas al texto de la ley, muchas sentencias<sup>58</sup> de los últimos tiempos hayan preferido la exoneración, al pensar que nuestro sistema exige la “*faute de service*” de la jurisprudencia francesa, la culpa, aunque sea anónima o de la organización y no imputable a nadie en concreto, el funcionamiento *anormal*, en definitiva: en la ejecución de las obras de carreteras (sentencias de 2 de diciembre de 1996

<sup>57</sup> Así, MARTÍN REBOLLO, *cit.*, pág. 42, y PANTALEÓN, Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en el mismo número monográfico de la Revista citada en la nota anterior, pág. 239. Ambos autores toman el caso de los aneurismas gigantes como muestra de la perversión del sistema en págs. 37 y 242, respect.

<sup>58</sup> Tampoco es infrecuente que, desde el propio tenor de las normas, se recurra al cómodo expediente de la inexistente antijuridicidad, y se declare que se trataba de un daño en relación con el cual existía obligación de soportarlo por parte del perjudicado. Pueden verse, sólo a título de ejemplo: la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de junio de 2000, para un caso de dilación en la tramitación de un expediente, la de la Sala de lo contencioso-administrativo del T.S.J. del País Vasco, en un caso de actuación sanitaria con paciente reacio a ser objeto de diagnóstico. En la Sala Tercera del Supremo, pueden verse la de 18 de octubre de 1999, para un supuesto de lesión ocular causada por pelota de goma lanzada por la Guardia Civil en una manifestación violenta, o la de 3 de octubre de 2000, para un caso de intervención de vasectomía con embarazo posterior.

y 28 de octubre de 1998) y aceras (sentencia de 5 de junio de 1998), en el derribo de edificios ruinosos (sentencia de 14 de mayo de 1994), en la intervención municipal para el cierre de establecimientos (sentencia de 9 de diciembre de 1995), en las actuaciones policiales (sentencias de 21 de noviembre de 1995, 9 de junio de 1998 y 21 de diciembre de 1998) o del cuerpo de bomberos (sentencia de 28 de abril de 1998), en la organización de espectáculos públicos (sentencia de 23 de mayo de 1995). También en la prestación del servicio psiquiátrico, que si no es anormal, no permite condenar a la Administración por el suicidio del interno (sentencia de 5 de mayo de 1998).

Es cierto que las novedades legislativas han introducido paliativos interesantes. Así, si el art. 141.1 de la Ley 30/1992 establece como requisito de la indemnización que el particular no tenga el deber jurídico de soportar el daño, ello significa que los servicios públicos tienen un cierto margen de tolerancia típica, inherente a su propio funcionamiento, o lo que es lo mismo, que el enjuiciamiento de un supuesto no debe tomar en cuenta sólo la mera causación del daño, sino el completo enjuiciamiento del actuar de la Administración. El justo equilibrio propio del Estado social determina que no se pueda medir con el mismo rasero el daño causado por la empresa privada, que actúa porque quiere hacerlo y se lucra con ello, que el producido por el servicio público como resultado de un deber constitucionalmente impuesto a las Administraciones. Servicio público del que forman parte determinados riesgos *estadísticamente típicos*<sup>59</sup> que el administrado ha de asumir también como propios.

En la versión reformada por la Ley 4/1999, ya hemos visto que se establece, como complemento de lo anterior, que no habrá responsabilidad cuando los daños provengan de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción. Está claro que en la mente del legislador sólo han estado presentes los muchos casos en que las Administraciones sanitarias venían siendo condenadas por las transfusiones sanguíneas que inocularon al paciente el virus del SIDA o de la hepatitis C en épocas en las que los virus no se conocían por la ciencia, lo que determina que el legislador haya introducido esta mención en el art. 141.1, a fin de sentar la conclusión de que el perjudicado tiene el deber jurídico de soportar el daño (problema de antijuridicidad/causa de justificación). Pero más bien se trata de una circunstancia de falta de causalidad.

<sup>59</sup> “Que la responsabilidad exista porque el hospital era público y gratuita la intervención quirúrgica, parece el desiderátum de los enemigos de la medicina pública”, dice PANTALEÓN, *cit.*, pág. 244, poniendo en duda si hubiera habido condena en caso de tratarse de clínica privada.

dad, de una concreción del concepto de fuerza mayor que ya estaba latente en el sistema (y hasta patente en el propio art. 139.1), como indica la meditada sentencia de 31 de mayo de 1999. Incluso hay quien concluye que la reforma afecta al propio criterio de atribución de la responsabilidad de las Administraciones, deduciendo que hemos regresado a un sistema de responsabilidad por culpa presunta<sup>60</sup>, sin caer en la cuenta de que el precepto sólo es un *parche* (parche importantísimo, pero parche al fin y al cabo, sólo alusivo a excusas exoneradoras de naturaleza tecnológica o científica) en un régimen *deslustrante* que sigue hablando de responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos.

Eso sí, el art. 139.1 exige que el daño sea consecuencia del funcionamiento del servicio público, no siendo preciso que la causalidad sea “directa, inmediata y exclusiva”, como durante algún tiempo se entendió. El estado actual de la doctrina y jurisprudencia no deja ver notables diferencias en relación con el régimen común en los casos de participación de la víctima o de un tercero en el evento dañoso, si bien sí se distingue con precisión entre la fuerza mayor (hecho exterior y ajeno al servicio, que exonera) y el caso fortuito (circunstancia o suceso también impredecible, pero interno, que no exonera).

## 8. LA JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LAS RECLAMACIONES CONTRA LAS ADMINISTRACIONES SANITARIAS, O LA REBELIÓN DE LAS SALAS PRIMERA Y CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Especialmente escandalosa se presenta la situación cuando se reclaman indemnizaciones por responsabilidad sanitaria al INSALUD (o a aquellas Comunidades Autónomas que, como Andalucía, País Vasco, Galicia, Cataluña, Comunidad Valenciana o Canarias, tienen ya transferidas las competencias en materia sanitaria). Es frecuente exigir la responsabilidad conjunta y solidaria de algún médico interviniente.

Ante reclamaciones semejantes, hay sentencias la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que entienden que la competencia es de la **jurisdicción civil**, bien sea porque califican la relación del paciente con la Administración como de Derecho privado (así, la sentencia de 23 de

noviembre de 1990), o bien porque entienden que una cosa es el defectuoso servicio sanitario y otra la mala práctica del médico concreto (sentencia de 15 de marzo de 1993). En los últimos tiempos hemos visto enjuiciado por la Sala Primera el proceder<sup>62</sup> de la Administración sanitaria en múltiples ocasiones.

Pero también hay sentencias que dicen que es competente la jurisdicción contencioso-administrativa, sobre la base (a mi juicio, tan indiscutible, que por eso las sentencias muchas veces ni se lo plantean, por no entrar las partes a discutirlo) de que la relación es de Derecho público y la responsabilidad se basa en el normal o anormal funcionamiento del servicio público sanitario. Así, las de 15 de julio de 1991 y 22 de noviembre de 1991, ambas de la Sala 3ª. Pero<sup>63</sup> también son numerosas las recaídas en los últimos años.

Y no faltan sentencias (ahora, de la Sala 4ª) que entienden que la competente es la **jurisdicción social** o laboral, porque consideran que no se trata de una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración propiamente dicha, ni tampoco de una responsabilidad que se exija con base en la culpa extracontractual. El litigio procede entonces del “desarrollo de la acción protectora de la Seguridad Social”. Ése es el lugar común que leemos constantemente en la jurisprudencia social. Así, la sentencia de 20 de abril de 1992 proclama: “La responsabilidad patrimonial del Estado a consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos o el derecho del particular a ser indemnizado de los efectos de un acto administrativo no impugnado no son, precisamente, las situaciones jurídicas que se dan en casos como el contemplado en los presentes autos en el que lo que prima, vehementemente, es una reclamación en materia de Seguridad Social, perfectamente, encajable en el ámbito del art. 2.b) del vigente Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral”. Y, en cuanto al conflicto con

<sup>60</sup> Así, PANTALEÓN, en su intervención en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil celebrado en Gijón en junio de 2000. Pequeña crónica en Diario médico, 5 de junio de 2000.

<sup>61</sup> Puede verse A. NIETO, La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial, R.E.D.A., 1987, n° 53, págs. 99 y ss.

<sup>62</sup> Por ejemplo, en las sentencias de 5 de mayo de 1988, 22 de junio de 1988, 30 de enero de 1990. También dos sentencias de 28 de diciembre de 1998, o las de 4 de febrero de 1999, 9 de marzo de 1999, 29 de junio de 1999, 15 de julio de 1999, 10 de noviembre de 1999, 3 de diciembre de 1999, 9 de diciembre de 1999, 8 de febrero de 2000, 13 de julio de 2000, etc. En alguna ocasión se decide la Sala Primera por declararse incompetente, en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, como ha ocurrido recientemente en la sentencia de 19 de abril de 2000.

<sup>63</sup> Por ejemplo, las sentencias de la Sala Tercera de 4 de octubre de 1999, 30 de octubre de 1999, 18 de noviembre de 1999, dos de 28 de marzo de 2000, dos de 4 de abril de 2000, 13 de abril de 2000, etc.

<sup>64</sup> Ahí están las sentencias de la Sala Cuarta de 19 de diciembre de 1996, 16 de enero de 1997, 18 de septiembre de 1997, 11 de noviembre de 1998, 19 de abril de 1999, 5 de mayo de 1999, 3 de diciembre de 1999, 5 de abril de 2000, etc.

la jurisdicción civil, la sentencia también dice que, aunque a veces se formulen las reclamaciones en vía civil y al amparo de los arts. 1902 y 1903 C.civ., no puede “ignorarse que la prestación sanitaria de referencia, en cuyo desenvolvimiento acacen los daños y perjuicios a resarcir, se produce en función de la relación jurídica de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios”.

A mi juicio, si hay tantas sentencias de la Sala de lo Civil (y dígame lo mismo de las de lo Social) sobre este tipo de cuestiones, es porque, como ponen a las claras las de 26 de diciembre de 1996 o 12 de junio de 1997, si se aplicara el Derecho aplicable, subyace el mismo problema gravísimo de justicia material que ha presidido siempre los conflictos entre las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa: se trata de reclamaciones a dilucidar por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero si la víctima del daño inició el pleito por la vía civil, no se le puede obligar, ya cuando el litigio se halla en casación, a comenzar otro procedimiento, con el consiguiente y penoso peregrinar, contrario al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

La Sala Especial de Conflictos de Competencia también ha tenido ocasión de pronunciarse, en Autos que proclaman la competencia del orden contencioso-administrativo y la incompetencia del orden social<sup>65</sup>. En España hay asistencia sanitaria universalizada, pero las diferentes Salas del Tribunal Supremo se rebelan y le dicen al damnificado paciente que si el servicio sanitario falla, no va a saber dónde dirigirse. No sin razón habla PANTALEÓN de folletín abracadabrante y de espectáculo bochornoso<sup>66</sup>.

Yo creo que, al margen de las tensiones entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, podía haber ciertas dudas en relación con el conflicto entre ésta y la jurisdicción social, pero desde la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998, y sobre todo, desde la reforma introducida en 1999 en la Ley 30/1992, tales dudas ya no deben existir. En efecto, la imprecisión era absoluta cuando nos encontrábamos con un art. 9.4 L.O.P.J., que, en su redacción originaria (L.O. 6/1985, de 1 de julio), se limitaba a decir: “Los (Tribunales y Juzgados) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las dis-

<sup>65</sup> Autos de 7 de julio de 1994, varios de 18 de marzo de 1997, 29 de junio de 1998, 10 de noviembre de 1998, 18 de diciembre de 1998, 18 de junio de 1999, 22 de junio de 1999, etc.

<sup>66</sup> PANTALEÓN, Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas..., cit., págs. 404 y 405.

posiciones reglamentarias”. Mientras tanto, el art. 9.5 decía (y sigue diciendo): “Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”.

Si a ello añadimos lo dispuesto por el art. 2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), la confusión estaba servida: “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: (...) b) En materia de Seguridad Social, incluida la protección por desempleo”.

Pero, como ya hemos visto, tras la reforma de la L.O.P.J. de 1998, su nuevo art. 9.4 deja claro que los jueces de lo contencioso-administrativo deben entender de toda reclamación de responsabilidad de la Administración, “cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive”. En semejantes términos, el art. 2 e) L.J.C.A., promulgada también en 1998, concluye diciendo que la Administración no puede ser demandada por este concepto ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

Y, por si fuera poco, la Ley 4/1999, de 13 de enero introdujo en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, una Disposición Adicional Duodécima, dedicada en especial a “Responsabilidad en materia de asistencia sanitaria”, que viene a echar un definitivo cerrojo en un problema tan engorroso y que no es, precisamente, de escasa litigiosidad:

La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

Es de esperar, pues, que pronto dejemos de ver resueltas por tres órdenes jurisdiccionales distintos las reclamaciones de responsabilidad por defectuosa prestación del servicio sanitario. Lo más que podrá ocurrir es que se diluciden algunas en vía penal, como cuestión civil acumulada a la dilucidación de la eventual responsabilidad criminal de miembros del personal sanitario. Pero, tanto si hay reserva de acciones en el proceso penal

como si la acción se entabla al margen del ámbito penal, la única jurisdicción competente es la contencioso-

administrativa. El tiempo dirá si quien esto afirma pecó de optimismo.