

Responsabilidad civil derivada de una actuación médica arbitraria en el seno de una relación trilateral (a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995)

M.ª TERESA ALONSO PÉREZ
Doctora en Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

PRELIMINARES

I. PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LA SENTENCIA

Los hechos que la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1995 considera probados son los siguientes:

Doña Yolanda C. E., que trabaja en un Hospital perteneciente al Insalud, quedó embarazada a los 39 años de edad. Con anterioridad había tenido problemas de orden ginecológico. Doña Yolanda acude al ginecólogo don Tomás C. S., que trabaja en el mismo centro que ella, para que le atienda durante el embarazo y le asista en el parto. A lo que accede don Tomás. El 11 de abril de 1988 tiene lugar el parto, en el que es necesario practicar una cesárea; antes de entrar al quirófano, don Tomás consulta a doña Yolanda sobre la conveniencia de proceder a una ligadura de trompas para evitar más embarazos, a lo que la interesada contestó negativamente.

En el transcurso de la operación, el ginecólogo plantea al marido de la paciente —que se encontraba anestesiada— la conveniencia de practicar la citada intervención, el cual contestó que lo único que quería era que las salvase. La ligadura de trompas se practica, quedando doña Yolanda estéril. A consecuencia de lo cual sufre trastornos de tipo psiquiátrico y psicológico, quedando afectadas tanto su vida personal como profesional. Al no desaparecer la situación depresiva, doña Yolanda C. E. y su marido acuden de nuevo a don Tomás C. S. para consultarle acerca de la posibilidad de que aquélla volviera a ser fértil, el cual afirma que la ligadura de trompas era reversible, remitiéndoles a un centro especializado, en el que confirman a doña Yolanda la irreversibilidad de su estado. Ésta interpone querrela criminal, que fue admitida a trámite, pero por auto de 14

de marzo de 1989 se acordó el archivo de las diligencias previas. Interpuesto recurso de reforma fue desestimado, al igual que el de apelación, por Auto de 3 de julio de 1989 de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sin que se admitiera el recurso de amparo interpuesto.

Doña Yolanda interpone demanda contra don Tomás C. S. y el Insalud, solicitando que se condenara solidariamente a ambos a indemnizar a la actora por los daños sufridos. Por sentencia de 14 de marzo de 1991, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza estima parcialmente la demanda y condena a los demandados a que indemnicen solidariamente a la actora con la cantidad de 13.500.000 pesetas. La sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en fecha de 7 de febrero de 1992, revoca dicha sentencia, reduciendo la suma a 8.000.000 de pesetas. Sentencia recurrida en casación tanto por el facultativo don Tomás C. S., como por el Insalud.

El Tribunal Supremo, por sentencia de 24 de mayo de 1995, de la que es ponente don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, desestima los dos recursos de casación interpuestos por cada uno de los condenados contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza el 7 de febrero de 1992, confirmándola.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA

El recurso de casación interpuesto por la representación del Insalud contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza se basa en dos motivos.

El primero argumenta la aplicación indebida del artículo 533.4 de la LEC, por no haberse apreciado la excepción de falta de legitimación pasiva del Insalud. Se basa el recurrente en que el considerando cuarto de la sentencia de la Audiencia alude a que el Insalud era ajeno al acuerdo que existió entre la actora y el demandado, con lo que no puede condenársele por funcionamiento anormal del servicio público que se presta a través de dicho organismo.

El Tribunal Supremo considera que este organismo sí está legitimado pasivamente, ya que, pese a que doña Yolanda no tenía derecho a elegir el facultativo que le atendiese, era beneficiaria de la Seguridad Social, y su elección del ginecólogo don Tomás C. S. para que le atendiera en su embarazo y parto se produce porque éste prestaba sus servicios en relación funcional de dependencia jerárquica al ente público que debía prestarle dicha asistencia. De modo que la prestación del servicio médico se produjo en el ámbito estructural del Insalud. Por tanto cualquier evento dañoso que se produjera, habría de quedar enmarcado en un funcionamiento anormal del referido Instituto.

El segundo motivo en que se basa este recurso es la aplicación indebida del artículo 106.2 de la Constitución, en relación con el artículo 40 de la LRJAE. Se vuelve a incidir en lo argumentado en el primer motivo: al existir un acuerdo entre el facultativo y la paciente para la prestación de servicios profesionales, es evidente —dice el recurrente— que no se cumplen los requisitos del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» y de la relación causa-efecto entre tal funcionamiento y el daño producido que se exige también en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa; alude también a la titularidad patrimonial de los Hospitales de la Seguridad Social.

Entiende el Tribunal Supremo que este motivo, al igual que el anterior, debe ser desestimado, en base a que la existencia de un acuerdo amistoso entre la actora y el demandado no representa un obstáculo para considerar que la asisten-

cia médica se prestaba dentro del ámbito del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Con lo cual las consecuencias se produjeron dentro de la esfera del funcionamiento de un servicio público, anormal en el caso de autos en razón a la consecuencia dañosa resultante.

El recurso de casación interpuesto contra dicha sentencia por el facultativo don Tomás C. S. se basa en un único motivo: infracción de la doctrina legal de la jurisprudencia aplicable, en concreto, la doctrina en torno al tema de la *lex artis* y de la pericia y negligencia profesional.

El recurrente se escuda, para justificar su conducta, en la circunstancia de que el Hospital para el que trabajaba todavía no había puesto en circulación el impreso para la firma del consentimiento escrito en la fecha en que se llevó a cabo la intervención.

El Tribunal considera en este sentido que el profesional no acomodó su conducta a la *lex artis* puesto que omitió recabar el consentimiento o autorización de la paciente a la intervención que le iba a practicar. Obligación que pesa sobre todo facultativo, salvo en caso de urgencia, y en este caso nos encontramos ante una actuación profesional que evita un riesgo futuro pero no urgente. Considera también el Tribunal que el consentimiento debe prestarse de forma personal, no pudiendo ser suplido por el que preste un familiar íntimo, salvo que exista riesgo urgente, lo que no concurre en el caso de autos.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

INTRODUCCIÓN

Amén del interés que despierta cualquier pronunciamiento jurisdiccional que aborde un problema de responsabilidad médica, debido, fundamentalmente, a la importancia de los bienes que suelen verse afectados, la sentencia que nos proponemos comentar tiene una serie de componentes añadidos que la hacen especialmente relevante dentro de este sector de la responsabilidad civil.

Para empezar, nos encontramos ante la única sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que aborda un problema de actuación médica arbitraria, es decir, realizada sin tener en cuenta el consentimiento del paciente¹. Sólo el ya clásico pronunciamiento de 10 de marzo de 1959 (Ar. 831) de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se había pronunciado con anterioridad a propósito de una intervención quirúrgica en la que se prescindía, entre otras cosas, del consentimiento del individuo al que se estaba realizando dicha operación. Sin embargo, en el caso que analiza esta sentencia la falta de consentimiento del paciente apa-

¹ Otras sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo abordan otras vertientes del problema del consentimiento, como la de la información. La sentencia de 25 de abril de 1994 –Ar. 3074– resuelve un supuesto en el que un individuo que se somete a una intervención de vasectomía no es informado del riesgo de recanalización; como consecuencia de esta falta de información, su mujer queda embarazada de gemelos. Por su parte la sentencia de 23 de abril de 1992 –Ar. 3323– condena a los médicos así como a la Congregación religiosa que era dueña del centro médico en el que se intervino a una menor para corregirle una escoliosis. Como consecuencia de la operación, la menor sufre una parálisis permanente de las extremidades inferiores. En este caso no se advirtió a la madre de los riesgos de la operación, ni de las otras alternativas que tenía, no siendo la misma ineludible ni necesaria.

rece, quizás, como la actuación menos grave dentro del conjunto de comportamientos negligentes que lleva a cabo el facultativo².

El segundo aspecto que da importancia a la sentencia es la complejidad de la estructura obligacional que se establece entre las tres posiciones subjetivas en presencia: paciente, médico e Insalud. Si calificar jurídicamente una relación habitual de asistencia sanitaria en el Insalud encierra, ya, de por sí, un alto grado de dificultad, en el caso abordado por este pronunciamiento se añaden circunstancias que incrementan dicha complejidad. Por un lado, hay que tener en cuenta, el acuerdo que media entre el médico y la paciente y que introduce un elemento distorsionador en la estructuración habitual de las relaciones que se establecen entre estos tres sujetos; lo que suscita la duda de si el Insalud está o no legitimado pasivamente en este caso. Por otro lado, la paciente es médico en el centro en el que se lleva a cabo la intervención, y entre ella y el facultativo existe una relación de amistad.

PRIMERA PARTE.—EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE AL ACTO MÉDICO

Vamos a analizar, primeramente, el comportamiento antijurídico del profesional que lleva al Tribunal Supremo a confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que condenaba solidariamente al Insalud y al médico a pagar una indemnización de 8.000.000 de pesetas a la paciente, lo que suponía una rebaja aproximada de 5.500.000 pesetas respecto a la suma que había fijado como indemnización a satisfacer el Juzgado de Primera Instancia.

No se plantea en ningún momento que las actuaciones médicas concretas llevadas a cabo por el médico —una operación de cesárea y una ligadura de trompas— adolezcan de algún defecto de ejecución. El problema surge en torno al consentimiento de la paciente para la realización de dichas intervenciones.

El recurso de casación que plantea el facultativo ante el Tribunal Supremo se centra en argumentar que el hecho de haber practicado la ligadura de trompas sin contar con el consentimiento escrito de la paciente, no debe calificarse como comportamiento antijurídico. Se escuda, para defender tal postura, en que se contó con el del marido, y en la circunstancia de que el Hospital en el que trabaja no había puesto todavía en circulación los formularios para recoger de forma escrita el consentimiento de los pacientes.

I. Necesidad de que el paciente consienta el acto médico

En una relación como la analizada, en la que intervienen tres posiciones subjetivas, no cabe posibilidad de confusión entre las diferentes dimensiones

² En la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1959 (Ar. 831) se condena a un médico por imprudencia temeraria, contemplada en el párrafo primero del artículo 565 del hoy derogado Código Penal. El profesional, en el curso de una operación de hernia inguinal consentida por el paciente, descubre a simple vista lo que podría ser un sarcoma de pene. Sin proceder a una comprobación del diagnóstico mediante una biopsia —que no realiza siquiera con posterioridad a la intervención—, ni contrastar su parecer con otros médicos, ni pedir el consentimiento del paciente que se encontraba consciente por haber sido anestesiado localmente, ni el de sus familiares, y sin que en ningún momento corriera peligro inminente la vida del paciente, secciona tal órgano del paciente, con los daños consiguientes.

que puede tener el consentimiento del paciente. En terminología empleada por Llamas Pombo, se puede diferenciar la función legitimadora del mismo y su aptitud para originar una relación contractual³.

El consentimiento que la paciente presta a la entidad que detenta un establecimiento sanitario no es el legitimador. Lo cual se percibe claramente cuando dicha entidad es o actúa como un centro privado con el que se celebra un contrato de servicios médicos: en este caso es obvio que el consentimiento al que aludimos es el contractual. Cuando, como en el caso presente, nos encontramos ante un centro público del que la paciente puede exigir asistencia sanitaria, es difícil otorgar al consentimiento tal carácter, ya que tal relación encaja a duras penas en la concepción tradicional de contrato. En cualquier caso, lo único que queremos dejar claro es que no se trata del consentimiento legitimador. En cuanto a la naturaleza de la relación que vincula al Insalud con el paciente, no interesa para el comentario de esta sentencia dilucidarla, ya que el consentimiento conflictivo no es el que media entre estos dos sujetos, sino el que presta el particular al profesional que le proporciona materialmente el servicio médico, y el cual sí desempeña una función legitimadora de la intervención del facultativo sobre el cuerpo del paciente⁴.

El artículo 10. 6.º de la Ley General de Sanidad de 1986 establece la necesidad de que concurra el consentimiento del particular. Este artículo entiendo que no se refiere al consentimiento contractual⁵. Aunque la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1994 (Ar. 6730) parece entender referida la obligación impuesta por el precepto a dicha dimensión del consentimiento.

La sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil– de 12 de julio de 1994 (Ar. 6730) parece considerar que el consentimiento al que alude el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad es el consentimiento contractual. Esta sentencia analiza un caso en el que un centro privado reclama a un individuo el pago del precio debido por una intervención quirúrgica que se le había practicado. El particular niega deber la suma reclamada afirmando que no existió

³ Esta doble dimensión del consentimiento en el ámbito de los servicios médicos ha sido puesta de relieve por numerosos autores: CATTANEO, Giovanni, en «Il consenso del paziente al trattamento medico chirurgico», en *Rivista di Diritto e Procedura Civile*, 1957, p. 954 distingue entre consentimiento al tratamiento y consentimiento al contrato; en la p. 955 y siguientes extrae consecuencias en relación a la capacidad necesaria. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 63. LLAMAS POMBO, Eugenio, en *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Madrid, 1988, p. 154 dice que ... eso que llaman «libertad de decidir no es más que una de las facultades inherentes al derecho a la integridad física, o, si se prefiere así, un reflejo de la «esencialidad» de que goza dicho bien. Sobre la capacidad dice este mismo autor que, en las pp. 152 y 153 que ... mientras que cuando de consentimiento contractual se trata, es evidente la exigencia de mayoría de edad o emancipación en el paciente, cuando es consentimiento legitimación –por llamarlo de alguna manera– tal vez no está tan claro dicho requisito. MORO ALMARAZ M^a Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*, editorial Bosch, Barcelona, 1988, p. 92 y siguientes; ALONSO PÉREZ, M.^a Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997, Bosch, p. 246 ss.

⁴ Sobre la fundamentación jurídica de la necesidad de que concurra el consentimiento del paciente, vid. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 59 y ss.

⁵ En el mismo sentido, aunque sin relación con la Ley General de Sanidad dice MORO ALMARAZ, M^a Jesús, *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*, Bosch, Barcelona, 1988, p. 95: *Cuando las actuales propuestas legislativas se refieren a la necesidad de consentimiento hemos de concluir que se trata del consentimiento no contractual.*

contrato, ya que no consta el consentimiento por escrito tal y como exige el artículo 6 de la Ley General de Sanidad. El Tribunal Supremo considera existente el contrato en la medida en que se consigue probar la concurrencia del consentimiento contractual por otra vía diferente a la de su constancia escrita. Y en base a que en el momento en que se realiza la intervención no había entrado en vigor la Ley General de Sanidad y por tanto no era exigible el consentimiento escrito.

Aun vigente dicha Ley General de Sanidad, la solución podría haber sido la misma, ya que este artículo no se refiere al consentimiento contractual, sin requisito de forma alguno exigido por la ley, sino que se refiere únicamente a la dimensión legitimadora del mismo.

El profesional médico tiene la obligación de recoger el consentimiento del particular para la realización de una intervención quirúrgica⁶, y ello tanto en el ámbito de las administraciones públicas como en el ámbito del ejercicio privado de la asistencia sanitaria –artículo 10.15 de la Ley General de Sanidad.

1. CONSENTIMIENTO INFORMADO

El consentimiento a la actuación médica no sirve de nada si no se ha informado al paciente del contenido de la intervención y de todas las implicaciones previsibles de la misma⁷. El derecho del paciente a ser informado lo recoge el artículo 10.5.º de la Ley General de Sanidad, y es aplicable también en el ámbito del ejercicio privado de la Medicina –artículo 10.15 de la misma Ley.

Si no se informa al paciente, o se hace de modo sesgado, no se puede entender que su consentimiento legitime la intervención que se le practica. Imaginemos que se informa a una paciente de que se le va a operar de apéndice cuando en realidad se le va a extirpar un ovario. El consentimiento dado en ese caso por la paciente no legitimaría en modo alguno la actuación profesional practicada. Asimismo, cuando se informa a un individuo de que no va a quedar ninguna secuela tras la intervención, cuando se sabe que siempre quedan consecuencias que impiden llevar una vida normal; el consentimiento no legitima tampoco aquí la intervención médica, puesto que el paciente no tiene en cuenta toda la información necesaria para tomar una decisión consciente.

En el caso de la sentencia, no se plantea el problema del consentimiento informado, debido a que la circunstancia de que la paciente sea una profesional de la Medicina trae como consecuencia que la obligación de informar por parte del facultativo que le interviene se vea aligerada considerablemente.

2. CONSENTIMIENTO ESCRITO

El artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad exige que el consentimiento del paciente al acto médico sea escrito. Por supuesto, y como he dicho al hablar

⁶ Interpretando el término del artículo 10.6 «intervención» en el sentido estricto de intervención quirúrgica, vid. COBREROS MENDAZONA, Eduardo, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, edit. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988, p. 284.

⁷ Sobre el consentimiento informado vid. BELTRÁN AGUIRRE, José Luis, «La información en la Ley General de Sanidad y en la Jurisprudencia», en *Derecho y Salud*, vol. 3, núm. 2, julio-diciembre 1995, pp. 157 y ss.

de la sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Civil– de 12 de julio de 1994 (Ar. 6730) no supone una derogación, referida a los contratos privados de asistencia sanitaria, del principio general de libertad de forma que rige en nuestro Derecho contractual. La exigencia de forma escrita va referida únicamente a la eficacia legitimadora del consentimiento.

Sin duda la constancia escrita del mismo facilitará la prueba de la legitimidad de las actuaciones médicas, pero habrá de admitirse la posibilidad de que el consentimiento del paciente a la intervención pueda probarse de otro modo. Acaso la única responsabilidad que, con carácter general, pueda derivarse de la falta de documentación escrita del consentimiento efectivamente prestado por el paciente sea de tipo administrativo, o penal, en aquellos casos en que la legislación penal exija expresamente tal forma escrita⁸.

En el caso de la sentencia no se recoge bajo forma escrita el consentimiento prestado por la paciente ni para la asistencia al parto ni para la operación de cesárea, tal y como exige el artículo 10.6.º de la, en ese momento ya vigente⁹, Ley General de Sanidad. No obstante, queda acreditada –como resulta de los hechos que la sentencia considera probados– la concurrencia de un consentimiento de la paciente que alcanza a cubrir ambas intervenciones profesionales. El hecho de que este consentimiento no se recoja de forma escrita no es apreciado por la sentencia como comportamiento antijurídico por el que hacer responsable civilmente al facultativo o al Insalud.

3. ¿CONCURRE EL CONSENTIMIENTO DE LA PACIENTE EN EL CASO DE AUTOS?

De los hechos que la sentencia considera probados, se deduce que el profesional cumple con su obligación al recoger el consentimiento de la paciente para la asistencia médica durante el parto. En el transcurso del cual, el profesional vuelve a solicitar un nuevo consentimiento para la realización de una cesárea, que la paciente otorga; estando también legitimada en este caso la intervención profesional.

El problema se plantea en orden a la realización en el transcurso de dicha cesárea, de una ligadura de trompas. Al igual que para la asistencia durante el parto y para la realización de la cesárea, el médico debía haber contado con el consentimiento de la paciente, ya que –en principio– sólo así su intervención era legítima. Sin embargo, el profesional realiza tal actuación, a pesar de que la paciente se había manifestado expresamente en contra de la misma momentos antes de ser anestesiada para la realización de la cesárea. El médico pretende haber actuado legitimado por el consentimiento del marido.

⁸ Entre los penalistas y en relación al transplante de órganos contemplado en el derogado artículo 428 del Código Penal que exigía la documentación escrita del consentimiento, parece considerar el requisito de forma como necesario para la relevancia del consentimiento, DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Edit. Colex, Madrid, 1995, pp. 223 y 224: *Más bien habría que distinguir entre los requisitos que directamente afectan al consentimiento en cuanto voluntad de disponer sobre el propio cuerpo, como por ejemplo los requisitos de forma, y otros que simplemente serían condiciones adicionales y cuya inobservancia, por tanto, sólo debería suscitar una infracción administrativa o un expediente sancionador por parte del hospital, pero no determinar la ineficacia del consentimiento ni, por tanto, la responsabilidad penal por un delito de lesiones, ya que su incumplimiento no da lugar a un ilícito merecedor de pena.*

⁹ La intervención quirúrgica tiene lugar en abril de 1988.

Ahora bien, antes de proceder a la calificación de este comportamiento como antijurídico hay que analizar si concurre alguna de las circunstancias recogidas en el artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad, y que permiten al profesional prescindir, en determinadas circunstancias, del consentimiento del paciente.

II. ¿Encaja el supuesto en alguna de las excepciones legales a la necesidad de que concurra el consentimiento del paciente?

El artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad permite que el profesional prescinda del consentimiento del paciente a la intervención concreta que le va a practicar en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

El Ordenamiento permite, por tanto, actuar al profesional médico al margen o en contra de la voluntad del individuo cuando existe una finalidad de protección de la salud pública; se trata del primero de los supuestos a que se refiere este precepto y que nada tiene que ver con el caso analizado en esta sentencia.

1. SITUACIÓN DE URGENCIA

La letra c) del artículo, permite prescindir del consentimiento del paciente cuando se produce una situación de urgencia que no tolere demoras sin riesgo para su vida. Conforme a lo cual, no habría nada que objetar al comportamiento del médico que decide actuar contra la voluntad de la paciente, si, en el transcurso de la operación de cesárea, se hubiera alterado –por la concurrencia de alguna circunstancia no previsible– el *statu quo* existente antes de la entrada en quirófano y se hubiera creado una situación de peligro inminente para la vida de la paciente.

En el transcurso de la operación de cesárea se produce la rotura del útero, y se descubren adherencias en las asas intestinales, y una congestión en dichas trompas, lo que acaso podría haber llegado a crear una situación de peligro para la vida de la paciente. El Tribunal considera como hecho probado que no se produce tal urgencia.

Pero, aun suponiendo que se hubiera generado tal situación de peligro, la ligadura de trompas no se muestra como solución apta, en sí misma considerada, para evitar un riesgo inminente.

Entiendo que una situación de urgencia debe legitimar cualquier actuación del profesional que evite el inminente peligro para la vida del paciente, pero no otras que no influyan sino mediatamente en la evitación del riesgo. Y menos aún cuando –como en el caso presente– la medida adoptada no es la única posibilidad de evitarlo. Entenderlo de otro modo, supondría reconocer al profesional un campo abierto de actuación en el momento en que concurre una situación de urgencia y negar al paciente el derecho que le reconoce el artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad a optar libremente entre los tratamientos posibles.

En el caso de la sentencia, no se produce una urgencia, pero aunque así hubiera sido, la misma no hubiera servido para legitimar la realización inconsentida de una ligadura de trompas; ya que dicha intervención no es apta por sí misma para resolver la situación de peligro inminente para la vida de la madre que se hubiera podido plantear en el transcurso de la operación de cesárea.

2. INCAPACIDAD PARA TOMAR DECISIONES

La letra *b*) del artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad, permite al médico prescindir del consentimiento del paciente que va a ser sometido al acto médico, y recurrir a la voluntad de sus parientes más próximos cuando no esté capacitado para tomar decisiones.

El médico demandado en el caso que resuelve la sentencia pretende que se produce tal circunstancia, ya que insiste en que actuó amparado por el consentimiento del marido. La sentencia, a ese respecto, se pronuncia diciendo que: «... el consentimiento es de índole personal y no puede ser suplido por el prestado por un familiar íntimo, ni siquiera por el cónyuge del interesado ...» –Fundamento jurídico octavo–. Afirmación, la de la sentencia, a la que hay que objetar, que sí puede suplirse dicho consentimiento cuando la persona interesada se encuentra incapacitada para tomar decisiones, tal y como se deduce del tenor literal del artículo 10.6.º *b*) de la Ley General de Sanidad.

Entiendo que este apartado *b*) del artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad debe considerarse referido a incapacidades de cierta magnitud como las que afectan a un menor de edad o a los enfermos mentales¹⁰, que no disponen del juicio suficiente para decidir sobre ciertos aspectos que les afectan. Entender comprendidos en este supuesto situaciones de inconsciencia tales como las provocadas por una anestesia, nos llevaría irremediablemente a admitir la irrelevancia de cualquier manifestación de voluntad que hubiera realizado, con antelación y en situación de plena capacidad decisoria, el individuo afectado.

Ahora bien, aun admitiendo que este artículo contemplara incapacidades como la que se produce en el caso de autos, entiendo que hay una serie de datos que no permiten legitimar la actuación inconsentida del médico en base a esta circunstancia.

Primero.–La decisión ya había sido tomada por la paciente en circunstancias similares a las que se producen en el transcurso de la operación de cesárea, lo que hacía innecesario buscar el consentimiento de los allegados. En el transcurso de la operación no se produce una variación de las circunstancias que la paciente consideró para tomar su decisión, de modo que ésta se hiciera irrelevante en orden a lo que la situación aconsejaba realizar. Según los hechos que la sentencia considera probados todas las circunstancias que aconsejaban la ligadura de trompas a juicio del facultativo, se conocían *ex ante*. Y la rotura del útero era previsible antes de la entrada al quirófano; precisamente el riesgo de que se produjera fue lo que aconsejó la práctica de la cesárea.

Segundo.–Incluso si hubieran variado las circunstancias en base a las que decidió la paciente, entiendo que la *lex artis* exigía otro comportamiento. Puesto que una ligadura de trompas no evitaba ningún riesgo inminente para la vida

¹⁰ En el mismo sentido, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, «El consentimiento informado», en *Responsabilidad del personal sanitario*, editado por el Consejo General del Poder Judicial y la Secretaría Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1995, p. 294.

de la paciente ¹¹, el profesional debía haber esperado para recabar el consentimiento de la interesada; más aún cuando no se trata de la única solución posible de evitar un embarazo futuro. La sentencia de la Sala de lo Penal de 10 de marzo de 1959 (Ar. 831) antes mencionada, incide en este aspecto diciendo en su Considerando cuarto:

«Que la impresión puramente subjetiva sobre la certeza del cáncer, obtenida de una simple observación visual sin antecedentes patológicos conocidos, sólo autorizaría al cercenamiento instantáneo del órgano respectivo, en casos de gravedad extrema e intervención inaplazable, donde la demora ponga en riesgo seguro e inmediato la vida del presunto enfermo, *porque de no ser así, la más elemental cautela impone la espera hasta efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la Ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en la plenitud de juicio, como dueña de su integridad corporal ...* »

Tercero.—Suponiendo, de nuevo, una variación de las circunstancias en base a las que decidió la paciente —lo que haría inútil su manifestación de voluntad contraria a la intervención—, y correcto el recurso al marido por encontrarse ella inconsciente, habría que analizar cuál fue el alcance del consentimiento que éste prestó, ya que en él pretende ampararse el profesional para legitimar su intervención.

En este orden de cosas, el fundamento de Derecho primero dice que: «... preguntado el marido sobre ello —la conveniencia de practicar una ligadura de trompas—, contestó que lo único que quería era que las salvase». De donde el Tribunal deriva la concurrencia de un consentimiento del marido a tal intervención, ya que más adelante —exactamente en el fundamento de Derecho séptimo—, al abordar específicamente el problema del consentimiento considera probado que «El Doctor C. actuó con el consentimiento prestado por el marido, que estaba presente durante la intervención.»

Sin embargo, quizás de las palabras del marido no se pueda extraer, como hace el Tribunal, un consentimiento del marido favorable a una ligadura de trompas. Si él manifestó su voluntad de que salvase a la madre y a la hija, entiendo que sólo dio consentimiento para que se realizaran las actuaciones precisas a tal efecto, entre las que, considero, no puede incluirse nunca una ligadura de trompas, que, por sí misma, no elimina un riesgo inminente, ya sea para la vida o para la salud.

III. Conclusión: conducta antijurídica

En base a lo dicho, podemos concluir que en el supuesto abordado por la sentencia, hay que discernir, en orden a calificar la conducta del profesional, entre: por un lado, la asistencia al parto y la operación de cesárea y, por otro, la ligadura de trompas.

El profesional cumple la obligación que le impone el artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad de recoger el consentimiento de la paciente, en relación a las dos primeras intervenciones. Sin embargo, la incumple en relación a la ligadura de trompas, en cuyo caso no es que actúe con un absoluto descono-

¹¹ En ese caso el médico hubiera actuado legítimamente amparado por el supuesto contemplado en la letra c) del artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad.

cimiento de la voluntad de la paciente al respecto, sino que lo hace a sabiendas de su decisión contraria a dicha intervención expresamente manifestada momentos antes de efectuarla.

Conducta, la de prescindir del consentimiento de su paciente, que debe ser calificada de antijurídica, como acertadamente hace el Tribunal, al no concurrir tampoco ninguna de las circunstancias contempladas en el artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad y que acaso podrían haber legitimado la intervención médica contra la voluntad expresamente manifestada por la paciente.

SEGUNDA PARTE.—ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE TAL CONDUCTA ANTIJURÍDICA

Preliminar. Otras posibles responsabilidades concurrentes además de la civil

El profesional incumple, en relación a la ligadura de trompas, la obligación, que le impone el artículo 10.6.º de la Ley General de Sanidad, de recoger el consentimiento del paciente al acto médico que va a realizar sobre su cuerpo, vulnerando el derecho a su integridad corporal y a su libertad personal. Nos encontramos ante una actuación médica arbitraria: el profesional actúa sin tener en cuenta la voluntad de su paciente, que, antes de la entrada en el quirófano, se había pronunciado expresamente en contra de la realización de dicha intervención, sin que con posterioridad a este momento concurra alguna circunstancia nueva que altere el *statu quo*, y legitima la intervención del médico contra el parecer de aquélla. La paciente, a consecuencia de esta intervención incontestada sufre unos daños importantes cuales son: esterilización casi total e insubsanable, síndrome depresivo manifestado en forma de tristeza, pérdida de vitalidad y erotismo e irritabilidad, con deterioro de sus relaciones conyugales y laborales.

Tal comportamiento podría llegar a implicar una *responsabilidad penal*. Un ejemplo de responsabilidad penal derivada de una actuación médica incontestada por el paciente se encuentra en la ya aludida sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1959 (Ar. 831) en la que se condena a un médico por imprudencia punible¹². En cuanto a los delitos de lesiones, entiende ROMEO CASABONA que se excluye la realización del tipo subjetivo cuando nos encontramos ante una intervención terapéutica, es decir cuando el profesional tiene intención de curar a una persona enferma, y utiliza unos medios adecuados a tal fin¹³; habría que analizar si en el caso de autos puede entenderse que exista tal finalidad terapéutica. También habría que tener en cuenta, al analizar las responsabilidades penales, si concurre la eximente de estado de necesidad o de actuación en el ejercicio legítimo de una profesión.

En el caso que ahora nos ocupa, se entabla una querrela criminal. En un principio es admitida a trámite, pero, por auto de 3 de julio de 1989 se archivan

¹² Delito contemplado en el artículo 565 del derogado Código Penal.

¹³ ROMEO CASABONA, Carlos M.º, *El médico y el Derecho Penal. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pp. 271 y ss.

las diligencias previas. No se entiende, por tanto, que la conducta antijurídica realizada por el médico implique responsabilidad penal¹⁴.

El profesional, al ignorar el consentimiento de la paciente, puede haber incurrido también en alguna de las *infracciones administrativas* contempladas en el artículo 35 de la Ley General de Sanidad, merecedora de la correspondiente sanción, según se califique de leve, grave o muy grave.

Finalmente, este comportamiento antijurídico implica una *responsabilidad civil* por los daños causados, tal y como entiende la sentencia objeto de comentario. Y al análisis de esta responsabilidad dedicamos las siguientes páginas.

I. Irrelevancia de la naturaleza de la responsabilidad civil

En el fundamento de Derecho noveno realiza el Tribunal una afirmación que debe ser destacada: «... responsabilidad ésta que es exigible cualquiera que fuese la consideración que mereciese la relación del caso de autos: contractual, cuasi-contractual o extracontractual ...» Pronunciamiento que permite al Tribunal eludir el complejo estudio de la naturaleza de las relaciones que vinculan a los sujetos en presencia.

Con esta afirmación, el Tribunal no quiere decir que considere único el régimen de la responsabilidad civil, que, en nuestro Ordenamiento, aparece diversificado según la relación entre los implicados sea contractual o extracontractual. Para calibrar adecuadamente la declaración del Tribunal, es preciso poner de relieve que ninguno de los aspectos en que divergen ambos regímenes de responsabilidad civil son controvertidos en el caso abordado por la sentencia. Por ese motivo puede dejar de analizar la naturaleza de las relaciones obligatorias que vinculan a los tres sujetos presentes en este supuesto.

En lo atinente al *plazo de prescripción de las acciones*, hay que tener en cuenta que la actuación médica tiene lugar en abril de 1988, y el archivo de las diligencias previas en el proceso penal inicialmente entablado se produce el día 14 de marzo de 1989, es decir, antes de que transcurriera un año desde los hechos. Por tanto, al margen de que hubiera de aplicarse uno u otro régimen de responsabilidad civil, no cabía plantear si la acción se había ejercitado extemporáneamente o no. Si hubiera ocurrido de otro modo, ¿hubiera prescindido la representación del Insalud de plantear en el proceso la posible prescripción de la acción para exigir la indemnización de daños derivados de responsabilidad extracontractual? Por supuesto que no. Y en ese caso, el Tribunal no hubiera tenido más remedio que esclarecernos la naturaleza, contractual o no, de la relación que existe entre los sujetos implicados en el hecho dañoso¹⁵.

¹⁴ No abordo el estudio de la posible responsabilidad penal o administrativa en que haya podido incurrir el profesional por este comportamiento antijurídico.

¹⁵ Ahora bien, hay que tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo es flexible al analizar la cuestión del plazo de prescripción de la acción por responsabilidad extracontractual. No puede deducirse ningún criterio objetivo para determinar cuál es el día inicial del cómputo del plazo. El *dies a quo* no es siempre aquel en que se realiza la intervención médica causante del daño, sino que depende de las circunstancias concretas del caso. Por ejemplo, en la sentencia de 30 de julio de 1991 (Ar. 5435) el no se considera el día en que se da el alta médica, sino aquél en que se conoce el alcance de los daños causados. La sentencia de 16 de diciembre de 1987 (Ar. 9511) dice en el fundamento de Derecho segundo: «el daño o lesión susceptible de indemnización se mantiene durante largo espacio de tiempo, lo que impide conocer su alcance a los efectos de resarcimiento hasta tanto que la posi-

Por otro lado, en este caso la *jurisdicción competente* para conocer de este asunto sería la misma —concretamente es competente el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza— al margen de que la relación fuera calificada de una u otra forma. Y ello porque coincide el lugar de cumplimiento de la obligación y el del domicilio del demandado, criterios determinantes de la jurisdicción competente en caso de responsabilidad derivada de una relación contractual, con el lugar donde se cometió el acto ilícito, criterio que la determina cuando la relación es extracontractual.

Por otro lado, la aplicación de un régimen u otro de responsabilidad tampoco hubiera determinado una cuantía diferente de la indemnización. En lo atinente a la *extensión de la reparación indemnizatoria*, se entiende generalmente que, al margen de que la relación sea contractual o extracontractual, la indemnización debe cubrir los daños patrimoniales y los no patrimoniales o, también llamados, daños morales¹⁶. La única diferencia podría radicar en que a los producidos en una relación contractual se les aplicara, a diferencia de los originados por medio de una relación extracontractual, el artículo 1107 del Código Civil. Sin embargo numerosos autores consideran aplicable este precepto del Código Civil a la responsabilidad extracontractual¹⁷.

Tampoco en el caso enjuiciado el *régimen probatorio* presentaría diferencias en función de la naturaleza de la relación. Aplicando el artículo 1214 del Código Civil, correspondería al paciente probar el comportamiento culposo del médico tanto si la relación se considera contractual¹⁸ como si se califica de extracontractual

ble y no siempre absoluta seguridad de restablecimiento completo o irreversibilidad plena ofrezcan la debida garantía. Dicha determinación dado, que, como queda dicho, el Código civil no señala para estos casos cuál pueda ser ese momento, es algo que corresponde determinar al juzgador de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica, en cuanto a estos efectos el citado artículo 1969 no es a estos efectos un precepto imperativo y sí de *ius dispositivum*». La de 8 de junio de 1987, (art. 4047), habla del momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido según el alta médica.

¹⁶ Vid. en relación a la responsabilidad extracontractual: LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, volumen segundo, *Contratos, y cuasicontratos, delito y cuasidelito* Edit. Bosch, Barcelona, 1995, p. 477; PANTALEÓN, Fernando, «Comentario del artículo 1902» en *Comentario del Código civil*, del Ministerio de Justicia, Madrid 1991, T. II, p. 1992; DÍEZ PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1995, 7ª edición, p. 617.

Para la responsabilidad contractual: CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al artículo 1106» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. V, vol. 1, dir. por ALBALADEJO, Manuel, Edersa, Madrid, 1989, p. 703. Este mismo autor en el «Comentario al artículo 1107» de la misma obra, p. 747, dice: *Para que el daño no patrimonial pueda ser resarcido deberá ser previsible Estimo que es previsible para el deudor un daño directo a un bien de la personalidad (salud, integridad, honor etc.);* DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, «Comentario del artículo 1106», en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T. II, p. 49; GARCÍA LÓPEZ, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral*, edit. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 307 y ss.

¹⁷ Vid. por todos, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, volumen segundo, *Contratos, y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, de LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, Edit. Bosch, Barcelona, 1995, p. 501, con cita de otros autores.

Por su parte, ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, nota número 331 al pie de la p. 252, considera que no es una diferencia entre ambos regímenes de responsabilidad la extensión de la reparación, ya que el Tribunal Supremo ha considerado aplicable el artículo 1107 del Código civil a supuestos de daño extracontractual.

¹⁸ JORDANO FRAGA, Francisco, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico (Con un epílogo a modo de pequeña lección para dogmáticos)» en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero, 1985, número 1, p. 61 y siguientes explica como, de la apli-

tual¹⁹. En otros ámbitos diferentes al de daños causados por profesionales de la Medicina, el estudio de la evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad permite descubrir la elaboración de recursos que suavizan el rigor que esta norma supondría para el sujeto dañado²⁰. Sin embargo, en el ámbito médico esta dulcificación del régimen de la carga de la prueba se produce sólo ocasionalmente y en base a causas muy justificadas, como en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1996 (Ar. 8938)²¹. Aunque JORDANO FRAGA advierte de una tendencia general a *adosar la carga de la prueba al sujeto que se*

cación de los principios generales de prueba, resulta que el paciente debe probar el incumplimiento contractual del médico: lo que se traduce en tener que acreditar la negligencia del médico, puesto que comportarse diligentemente es su obligación contractual cuando ésta es de medios.

¹⁹ Vid. por todos, RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, volumen segundo, *Contratos, y cuasicontratos, delito y cuasidelito*, de LACRUZ BERDEJO, José Luis, y otros, Edit. Bosch, Barcelona, 1995, p. 475.

Se pueden citar en este sentido y en relación a la responsabilidad extracontractual médica las siguientes sentencias del Tribunal Supremo:

La de 23 de febrero de 1996 (Ar. 1587) que dice:

«... en ningún momento aparece acreditado que los profesionales médicos obraran contraviniendo las reglas de su arte, siendo de advertir que al imputárseles responsabilidad por su actuación en la atención médica prestada a la menor corresponde a los demandantes, según reiterada doctrina jurisprudencial ...»

La sentencia de de 8 de abril de 1996 (Ar. 2882) dice:

«... a la inversión de la carga de la prueba que no es aplicable a las responsabilidades por actos médicos, puesto que ni la actuación médica en general crea riesgos, ni obliga a la obtención de resultados, porque ya está consolidada la doctrina, según la cual, el médico trata de buscar la salud pero no la garantiza, y por todo ello a los actores les incumbe acreditar la concurrencia de todos los elementos para aplicar el artículo 1902, obligación que ha cumplido el demandante de autos ...»

La sentencia de 15 de octubre de 1996 (Ar. 7112)

«... así como la de que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente (o de sus familiares en caso de fallecimiento de éste) la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (lex artis ad hoc)» En el caso de esta sentencia al no conseguirse probar la negligencia no puede estimarse la demanda.

²⁰ A las que alude RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, en *Elementos...*, de LACRUZ y otros, cit., p. 475.

²¹ En la sentencia de 2 de diciembre de 1996 (Ar. 8938), se dice:

«esta Sala ... comparte el criterio de que en los casos en que se obstaculiza la práctica de la prueba o no se coopera de buena fe por las partes, sean actoras o demandadas, a facilitar su producción, cabe que se atenúe el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola, en su lugar, hacia la parte (aunque sea la demandada) que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba. Asimismo debe establecerse que, no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la «lex artis ad hoc», no se excluye la presunción favorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.»

*juzga en mejor situación para darla, o rectius, para dispensar de ella al que se pretende proteger*²².

En el caso de la sentencia, habiéndose acreditado el comportamiento negligente del profesional que no logra probar su actuar diligente, no existen consecuencias negativas de la falta de prueba que deban recaer sobre el paciente, demandante.

Otra diferencia que puede existir entre ambos regímenes de responsabilidad es que la responsabilidad se suele considerar solidaria cuando es una *pluralidad de sujetos* la que causa los daños en el marco de una relación extracontractual, mientras que cuando existe un contrato, parece normal considerar aplicable la regla de la mancomunidad del artículo 1137 del Código Civil. Sin embargo, hay autores que consideran minoritariamente que la regla general, en cualquier caso, es la mancomunidad²³. A estos efectos, es importante tener en cuenta que existen ámbitos –como el de la responsabilidad decenal del artículo 1591– en los que, habiendo relación contractual, la jurisprudencia aplica la regla de la solidaridad cuando resulta imposible determinar la participación de cada responsable en la causación del daño²⁴. En definitiva, la circunstancia de que la condena sea solidaria o mancomunada puede no venir necesariamente determinada por el régimen de responsabilidad aplicable.

La decisión que a este respecto adopta la sentencia que confirma la del Tribunal Supremo que es objeto de comentario, condenando solidariamente al facultativo y al Insalud, no viene, desde luego determinada por la naturaleza de la relación subyacente al hecho dañoso, sino precisamente por la dificultad de su análisis.

De todo lo expuesto se deduce que el hecho de que las relaciones obligacionales entabladas entre el Insalud, el médico y la paciente fueran contractuales, extracontractuales o cuasicontractuales no determina que la solución sea una u otra, con lo que es lógico que el Tribunal no entre en ese aspecto del problema planteado por la sentencia.

Sin embargo, hay una parte del pronunciamiento condenatorio, concretamente la relativa al sujeto o sujetos pasivos del mismo, que puede estar condicionada y, de hecho lo está, no por la naturaleza de las relaciones entabladas, sino por la estructura de las relaciones obligatorias en presencia. Es decir, el hecho de que la estructura de las relaciones que efectivamente se concretan entre los tres sujetos sea una u otra –independientemente de que su naturaleza sea contractual, cuasicontractual o extracontractual– determina si se condena únicamente al facultativo, o se le condena juntamente con el Insalud. El siguien-

²² JORDANO FRAGA, Francisco, «Aspectos ...», cit., p. 88. Sin embargo es de advertir lo que dice en la p. 85: *pero todo ello no llega a ocultar que por la vastedad con que el fenómeno inversor se produce (en España, a decir verdad, todavía no)*, y en la nota núm. 85 a esa misma p.: *La verdad es que, en los casos conocidos, los Tribunales españoles hacen uso modesto de la apreciación de la prueba y nada arriesgado o audaz.*

²³ ALBALADEJO, Manuel, «Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común», en *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 345 y ss. Mantiene tal postura en *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 498 y ss. También CRISTÓBAL MONTES, Ángel, «La cuestión sobre la mancomunidad o solidaridad de la responsabilidad por acto ilícito común en la jurisprudencia y en la doctrina españolas», en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1985, pp. 101 y ss.

²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «La Responsabilidad decenal del artículo 1591 del Código civil: Breve repaso a la jurisprudencia de los años noventa», en *Aranzadi Civil*, 1993, I, pp. 1910 y 1911.

te epígrafe se dedica a dilucidar tal cuestión, que es abordada en la sentencia al hilo de los motivos en que basa el Insalud su recurso de casación.

III. Estudio de la estructura obligacional trilateral subyacente al hecho dañoso

PLANTEAMIENTO

Se trata de estudiar ahora cuál es la estructura de las relaciones que se establecen entre las tres posiciones subjetivas que aparecen en los presupuestos fácticos. Depende de esta cuestión la determinación del sujeto que debe ser condenado a la reparación de los daños causados: si el facultativo exclusivamente, o éste juntamente con el Insalud.

No nos encontramos, en el caso enjuiciado por esta sentencia, ante la relación habitual de un individuo, beneficiario de la Seguridad Social, que acude a dicho organismo para que le sean prestados unos determinados cuidados médicos, sino que se trata de dos médicos que trabajan para dicha entidad y en el que la prestación de servicios del uno al otro se concierta al margen de los cauces habituales habilitados a tal efecto por el Insalud.

La circunstancia descrita es utilizada por dicho organismo para afirmar que es ajeno a la relación de prestación de servicios médicos y plantear, en base a ello, una excepción de falta de legitimación pasiva. Esta cuestión se plantea como argumentación principal –sino única– del recurso de casación que dicho organismo plantea ante el Tribunal Supremo.

A nadie se escapa la dificultad que encierra defender tal postura, cuando la relación que ha originado el hecho dañoso se ha materializado en uno de los centros hospitalarios dependientes del citado Instituto, con el trabajo de uno de sus empleados y en favor de una beneficiaria de la Seguridad Social. Circunstancias, las descritas, que son consideradas por el Tribunal Supremo para afirmar la concurrencia del Insalud en dicha relación. Consecuentemente, la sentencia considera que no se ha infringido el artículo 533.4.º de la LEC al no apreciarse la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, lo que supone la desestimación del motivo en que el Insalud basa su recurso de casación.

La existencia del acuerdo entre el ginecólogo –prestador material del servicio– y la paciente –receptora de los servicios– permite plantear legítimamente si, en efecto, el Insalud se ve implicado en la relación de prestación de servicios que existe. Para discernir si la solución afirmativa, por la que opta la sentencia y que nos llevaría a concluir que dicho organismo es responsable de los daños causados, resuelve adecuadamente el problema, lo más operativo será fijar la estructura obligacional en presencia.

1. ¿EL ACUERDO ENTRE EL MÉDICO Y LA PACIENTE DETERMINA LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE ELLOS?

El acuerdo que media entre el ginecólogo y la paciente podría suponer la existencia de un contrato. Si así fuera, nos encontraríamos con un contrato privado entre estos dos individuos para la prestación de asistencia sanitaria del que estaría al margen el Insalud.

Dicho consentimiento parece recaer sobre un único elemento objetivo: la prestación de atención médica durante el embarazo y la asistencia en el parto. Es

importante señalar –ahora que hablamos del elemento objetivo– que nada se dice del que normalmente existe en todo contrato de este tipo: la cantidad de dinero que constituye el precio. Dejando este aspecto, al que aludiremos más adelante y centrándonos en lo que ahora interesa a la argumentación, nos podemos plantear la siguiente pregunta: ¿recae dicho consentimiento sobre una causa diferente e independiente de la que hubiera determinado una atención médica similar a la efectivamente prestada, de haberse seguido el cauce habitual de concertación de la misma a través del organismo público?

El problema de la calificación de este acuerdo como contractual se encuentra, como dejo patente, en el requisito de la causa. Habría que entender, de considerar la existencia de un contrato, que la causa objetiva del mismo sería la mera liberalidad del profesional, que prestaría gratuitamente los servicios a la paciente, ya que en ningún momento se habla de la existencia de un precio²⁵.

En mi opinión, hay una serie de circunstancias que no permiten afirmar que el consentimiento recaiga sobre una causa diferente a las que concurren en una relación tripolar habitual entre el Insalud, los profesionales a su servicio y los beneficiarios de la Seguridad Social. No creo que pueda afirmarse que la prestación de servicios concreta que realiza el ginecólogo en el caso enjuiciado por la sentencia sea marginal a la relación que dicho profesional mantiene con el Insalud; ni que la paciente acuda al mismo sin considerarlo parte de la estructura de la entidad pública que tiene obligación de prestarle asistencia médica. En mi opinión, la causa de la prestación material del servicio por parte del profesional no deja de ser, para esa concreta prestación, su relación funcional con el Insalud para pasar a ser el acuerdo que celebra con la paciente. Y, por otro lado, tampoco creo que la causa de la atribución patrimonial que supone la prestación del servicio para la paciente deje de ser su relación con la Seguridad Social, para encontrarse en el acuerdo que celebra con el médico.

La ausencia de dos elementos fácticos en el supuesto analizado por la sentencia permiten apoyar tal consideración. Y no tanto por la ausencia considerada en sí misma –que puede venir determinada por la marcha del proceso– sino por lo que supondría que dichos elementos se encontraran presentes.

En primer lugar, la ausencia no de pactos sobre el precio, sino del precio mismo. ¿Esta ausencia ha de ser interpretada en el sentido de que se pretende establecer un contrato gratuito al margen del Insalud? O, más bien, ¿hay que interpretar que el médico y la paciente se comportan en todo momento como si no tuviera razón de ser que medie precio en la relación? Creo más acertada la segunda interpretación, lo que convierte la falta de precio en un argumento muy sólido para descartar la presencia de un contrato. La ausencia de precio y de su mención se justifica porque el profesional se entiende pagado por el salario que recibe de la entidad para la que trabaja; y la paciente, por su parte, parece considerar que en el marco de la Seguridad Social no tiene que pagar ningún precio por la asistencia médica que recibe. Si la relación se hubiera concertado al margen de la estructura de la Seguridad Social, probablemente hubiera mediado precio entre estas dos personas.

Pero, como decíamos, la ausencia es significativa no sólo en sí misma, sino también por la relevancia que en el supuesto tendría la concurrencia de un precio que hubiera mediado entre el ginecólogo y la paciente. Si así hubiera ocurrido, la presencia de una causa, justificadora de la prestación del trabajo y de la atribu-

²⁵ De existir tal circunstancia, hubiera sido, sin duda, aportada al proceso por el Insalud, de haberla conocido.

ción patrimonial que supone la misma para la paciente, habría que localizarla en el acuerdo existente entre ellos y no en las respectivas relaciones que cada uno mantiene con el ente público.

Otra circunstancia que el Tribunal Supremo atiende y que considero importante es que la prestación material del servicio se desenvuelve íntegramente en un establecimiento dependiente del Insalud. En principio, esta incidencia no tiene por qué ser definitiva, ya que puede desenvolverse, en el seno de un establecimiento sanitario, una relación de prestación de servicios profesionales sin que la entidad o individuo que lo detenta tenga necesariamente que ser parte en dicha relación. Elaboremos un supuesto teórico que demuestre la veracidad de tal afirmación: un médico que, además de trabajar en virtud de una relación laboral para una clínica, es titular de una consulta privada, a la que acude una paciente, y la asistencia al parto se lleva a cabo en el Centro sanitario en el que habitualmente trabaja como contratado laboral el médico, al que éste paga una suma por utilizar sus instalaciones. En este caso parece claro que la entidad que detenta el establecimiento sería ajena a la relación de prestación de servicios sanitarios existente. La única relación en la que se ve inmerso ese organismo es la que guarda con el facultativo, o con el paciente —según el caso— en orden al uso de las instalaciones, que deben encontrarse en perfecto estado de funcionamiento.

Sin embargo, en el caso enjuiciado por la sentencia, no existe una relación diferente a la de prestación de servicios médicos en la que sea parte el Insalud —como podría ser un alquiler de las instalaciones— que justifique que dicha relación tenga lugar en uno de sus establecimientos sin que dicho organismo concurra a la misma. Esta ausencia es la segunda a que aludimos anteriormente como indicativa de la existencia de una doble relación causal y de la inexistencia de un contrato entre el médico y la paciente. Al no haber una relación previa que justifique la realización de todo el trabajo en un centro del Insalud, lo normal será entender que la paciente es atendida en dicho centro en virtud de su condición de beneficiaria de la Seguridad Social y que el médico presta sus servicios en él, por mor de la relación de trabajo que le une a dicha entidad.

La presencia de una relación de este tipo, que —de existir— el Insalud no hubiera dudado en aportar al debate que supone el proceso, determinaría la existencia de un verdadero acuerdo contractual entre la paciente y el facultativo al margen de dicho Organismo, el cual podría haber concurrido en el supuesto por otro concepto diferente al de parte en una relación de prestación de servicios médicos.

Por otro lado, la existencia de un contrato concertado entre la paciente y el médico al margen de la entidad detentadora del centro en el que se desenvuelve la prestación habría —quizás— dado lugar a un uso irregular de las instalaciones públicas, lo que podría haber implicado responsabilidades a sustanciar en otros ámbitos jurisdiccionales. El silencio que a propósito de este problema guarda la sentencia también puede considerarse significativo.

Por tanto, el acuerdo no supone un contrato privado de servicios médicos entre la paciente y el profesional que elimine de la relación al Insalud.

2. ¿EL SUPUESTO FÁCTICO ENCAJA EN LA ESTRUCTURA DE LAS RELACIONES HABITUALES INSALUD-PROFESIONAL-PARTICULAR?

Visto ya que no existe entre el médico y la paciente un contrato, interesa fijar cuáles son las relaciones obligacionales presentes en el supuesto fáctico que

analiza la sentencia. Son dos: la que vincula al Insalud con el paciente, y la que vincula al mismo organismo con el profesional. Pero además en esta relación se produce una prestación material de un servicio médico por parte del profesional en favor de la paciente.

Hasta aquí el complejo nudo obligacional que se entabla en el supuesto de hecho analizado en la sentencia, coincide con una prestación tipo de asistencia sanitaria del Insalud a favor de los beneficiarios de la Seguridad Social por personal que se encuentra al servicio de dicho organismo.

A. Estructura habitual de este tipo de relaciones

A propósito de la estructuración de este tipo de relaciones²⁶, son varias las opiniones doctrinales que se han vertido.

En otro lugar²⁷ habíamos rechazado la configuración de las mismas como contratos en favor de terceros²⁸, tras el estudio de las relaciones causales que esta figura articula. Consideramos, en lo atinente a este punto, que, dado que en el contrato en favor de tercero media una sola relación causal, no es la institución apropiada para albergar situaciones tripolares en las que existen dos relaciones causales diferentes: la del profesional con la entidad para la que trabaja, y la del particular con la entidad que debe prestarle la asistencia sanitaria.

LLAMAS POMBO²⁹, que también rechaza la calificación de estas relaciones como contratos en favor de terceros, diferencia según el establecimiento en el que se lleva a cabo la prestación de asistencia sanitaria sea privado o público. En el primer caso, considera que se trata de un fenómeno complejo de sustitución contractual que parece funcionar como un contrato en favor de terceros pero que se diferencia de éste en que el beneficiario de la asistencia sanitaria asume obligaciones. Cuando se trata de prestaciones sanitarias prestadas en el marco de la Seguridad Social, entiende este autor que nos encontramos ante una asunción de deuda del artículo 1203.2.º del Código Civil.

No creo, por mi parte, necesario introducir una diferenciación en el tratamiento del tema en base a que la entidad que es parte en las dos relaciones causales presentes sea pública o privada. Esta circunstancia puede influir en la naturaleza de cada una de las dos relaciones que convergen en este complejo obligacional, pero no en la naturaleza del fenómeno en su conjunto. Es decir, el hecho de que una de las tres posiciones subjetivas sea un ente público, puede

²⁶ Las relaciones que se establecen para prestar asistencia sanitaria en la que intervienen tres sujetos puede estructurarse jurídicamente de muy diferentes formas: puede producirse una intermediación, una representación, puede tratarse de una gestión de negocios ajenos, con o sin representación, etc. En el análisis que se efectúa en este epígrafe nos limitamos a estudiar, por exigirlo así el estudio de la sentencia, la relación más habitual: la del beneficiario de la Seguridad Social que acude a un centro sanitario del Insalud a solicitar asistencia sanitaria, que le es proporcionada materialmente por un profesional que se encuentra vinculado por una relación de servicios –civil, laboral, administrativa o funcional– con dicho Organismo público.

²⁷ ALONSO PÉREZ, M^a Teresa, *Los contratos de servicios, de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997, Edit. Bosch, pp. 176 ss.

²⁸ Los considera contratos a favor de terceros, SANTOS BRIZ, Jaime, en «La responsabilidad civil de los médicos en el Derecho español», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 1984, p. 678.

²⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 305 y 306.

determinar que la relación de servicios que el profesional mantiene con dicha entidad no sea laboral o civil sino que se trate de una relación funcionarial, o administrativa³⁰; así mismo puede tener como consecuencia que la relación que vincula a dicho ente con el particular no sea una relación voluntaria sino necesaria, es decir una relación impuesta por la ley. Pero esta circunstancia de la naturaleza pública o privada del ente no considero que afecte al funcionamiento del conjunto de obligaciones que concurren en este tipo de relaciones tripolares.

Por otro lado, no me parece acertada la calificación de este tipo de relaciones como asunción de deuda del artículo 1.203.2.º del Código Civil, y ello ya se predique en relación a cualquier supuesto o sólo a aquellos casos en que interviene en la relación un ente público. Entiendo que ello implicaría aceptar que, tras contratar el particular con el profesional, la Seguridad Social —o una entidad privada en su caso— asumiría la deuda del primero frente al segundo. Esta situación puede darse en determinados supuestos pero no es el modo habitual de funcionamiento de la relación. Además, esta interpretación, supondría ignorar la relación de servicios —civil, administrativa, funcionarial o laboral— que vincula normalmente al profesional con la entidad que, en última instancia, proporciona la asistencia sanitaria al particular.

En nuestra opinión, ya argumentada en otro lugar, las relaciones en que concurren dos relaciones causales en las que tres sujetos se encuentran vinculados dos a dos, siendo uno de ellos parte en ambas, puede encontrar acomodo en la figura jurídica de la delegación³¹; concretamente en la figura de la *delegatio solvendi*. Las dos relaciones causales que se articulan son: las que vinculan al Insalud, por un lado, con el particular, y, por otro, con el profesional. Ambas pueden tener diferentes naturalezas, según los casos: la primera puede ser civil —si se acude al Insalud en cuanto entidad de asistencia sanitaria privada— o tratarse de una relación necesaria —si el particular es un beneficiario de la Seguridad Social, con derecho a recibir asistencia sanitaria de dicho organismo—; la segunda puede ser una relación funcionarial, laboral, administrativa, o civil. Ahora bien, la naturaleza de una y otra relación es, en mi opinión, indiferente para incardinar el conjunto obligacional en presencia en el instituto de la delegación.

Conforme a esta construcción aplicada al supuesto tipo: el Insalud, que es deudor en relación al particular de una prestación de asistencia sanitaria, ocuparía la posición de delegante; el médico, deudor de una prestación de trabajo profesional al ente público, la de delegado; y, el particular, acreedor de una prestación de atención médica frente al citado organismo, la de delegatario. El Insalud-delegante emite una orden o autorización —*iussus*— para que el profesional preste materialmente la atención médica al paciente concreto señalado. Cuando el delegado —médico— desenvuelve su trabajo en favor del delegatario está cumpliendo una obligación que tiene él mismo frente al delegante, en virtud de la relación que les vincula —una de las dos relaciones causales—, y simultáneamente está saldando una obligación que el delegante tiene frente al delegatario, en virtud de la segunda relación causal, y que confluye en este complejo.

³⁰ Aunque también puede tratarse de contratos civiles o laborales de servicios.

³¹ ALONSO PÉREZ, M.ª Teresa, *Los contratos de servicios, de abogados, médicos y arquitectos*, Barcelona, 1997, Edit. Bosch, pp. 181 ss.

B. *Problemas que plantea para su encaje en esta estructura el supuesto de hecho de la sentencia*

a) *Aparente ausencia de iussus.*

Es necesario para que se puedan encajar este tipo de relaciones en la delegación que el delegante, en nuestro caso el Insalud, emita un impulso y autorice al delegado. Ahora bien, ¿existe, en el supuesto fáctico analizado por la sentencia una tal orden o autorización que pueda permitirnos hablar de la existencia de una delegación del Insalud en el médico para que realice la prestación de asistencia ginecológica que dicho organismo debe a esa paciente concreta? El acuerdo entre los individuos para concertar dicha asistencia parece excluir cualquier manifestación de voluntad del Insalud en este sentido. Lo que podría llevarnos a considerar que, en el caso analizado por la sentencia, el médico realiza la prestación sin orden ni autorización del Instituto al que debe prestar sus servicios. Faltando el *iussus*, asimilar este caso a un supuesto tipo susceptible de ser incardinado en la figura de la delegación resulta muy difícil.

Ahora bien, creo que en la relación funcional que media normalmente entre el Insalud y los profesionales a su servicio, se puede afirmar que ese impulso *-iussus-* está implícito en la propia existencia de la relación; es decir, que el profesional no necesita que una orden o autorización concreta y absolutamente específica justifique cada actuación profesional que realiza. Esa orden o autorización viene dada por la misma existencia de la relación para cuyo cumplimiento el médico debe atender a terceras personas; más aún cuando, trabajando para una entidad jurídica, en ningún caso, puede prestar sus servicios a la misma. El profesional sabe que ha de saldar su deuda realizando prestaciones profesionales a terceras personas con las que no tiene relación jurídica alguna.

En el caso de los especialistas al servicio de la Seguridad Social, este impulso o mandato es de naturaleza legal: se encuentra contenido en el artículo 23 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, por el que se regula el Estatuto Jurídico del personal médico al servicio de la Seguridad Social³², del siguiente tenor en lo que ahora nos interesa:

Artículo 23. Función de los especialistas:

1. La asistencia completa dentro de su especialidad de las personas protegidas por la Seguridad Social ... /... »
2. La asistencia especializada incluye la práctica de las técnicas exploratorias y quirúrgicas, en su caso, habituales de la especialidad y, abarcará tanto la asistencia ambulatoria como la domiciliaria y la de régimen de internamiento.
3. La asistencia en los términos a que se refiere el apartado anterior, se prestará a requerimiento del Médico general, Pediatra-Puericultor o de otro Especialista. La visita a domicilio del especialista se celebrará en consulta con el facultativo que la haya solicitado.
4. .../...»

Por ello creo que el hecho de que, en el supuesto fáctico analizado en la sentencia, no se perciba una declaración de voluntad expresa que quepa identificar con una orden o una autorización no significa que no haya delegación de deuda. El impulso de tener que saldar la deuda contraída con el Insalud atendiendo a terceras personas, concretamente a beneficiarios de la Seguridad Social, viene

³² Publicado en el «Boletín Oficial del Estado» núm. 312, de 30 de diciembre de 1966.

dado al profesional por la propia ley, una vez que existe determinada relación de prestación de servicios con dicho organismo. Por ese motivo, entiendo, que la presencia del acuerdo entre el paciente y el médico en el supuesto concreto ahora analizado no estorba a la consideración de esta relación como delegación. Habrá que estudiar, ya dentro de dicho marco la relevancia que dicho acuerdo puede tener.

b) *El acuerdo entre el profesional y la paciente.*

Otro de los problemas que plantea para su encaje en la estructura habitual el supuesto de hecho de la sentencia es el de la existencia del acuerdo entre la paciente y el profesional, que no existe en otros casos. Vamos a precisar ahora su significado jurídico para comprobar que tal acuerdo es absolutamente legítimo y no estorba a la consideración del supuesto como delegación.

a' ¿Supone el acuerdo una novación subjetiva por cambio de deudor en la relación paciente-Insalud?

Podría este acuerdo suponer una novación subjetiva por cambio de deudor en la relación paciente-Insalud. Lo que puede influir, llegado el caso, en el sistema de imputación de responsabilidades por los daños producidos en el caso analizado por la sentencia

La delegación, puede ser *promittendi* o *solvendi*. Lo habitual, en casos normales de asistencia sanitaria a través de entidades públicas o privadas, es que se trate de la segunda, de una delegación de pago³³. Es decir, en la situación tipo en la que el beneficiario pide asistencia al Hospital y se le asigna un determinado especialista, que se limita a cumplir la obligación que tiene contraída frente al Hospital o entidad que lo gestione, atendiendo al particular de su dolencia, lo que está ocurriendo es que el médico, al realizar materialmente su trabajo, está cumpliendo, siquiera parcialmente, la obligación que tiene él frente a la entidad que lo tiene contratado, y también la que dicho organismo tiene frente al particular. La relación que existe entre el profesional y el particular es sólo material, no hay vínculo obligacional alguno entre ellos previo³⁴ a la realización del trabajo en que consiste la asistencia médica.

Sin embargo, en una delegación, cabe que el delegado se comprometa con el particular, de modo que resulte personalmente obligado frente a él. Esto es lo que se denomina *delegatio promittendi* y que, puede llegar a ocasionar una novación subjetiva por cambio de deudor³⁵. La cual siempre produciría la extinción de la obligación³⁶. De modo que interesa notablemente al caso del que se ocupa la sentencia vislumbrar si se produce dicha novación; si así fuera, desaparecería la relación obligatoria que media entre la paciente y el Insalud y por lo tanto no tendría éste legitimación pasiva para ser llamado al proceso.

En el caso analizado por la sentencia, el acuerdo que se produce entre el ginecólogo y la paciente podría implicar, efectivamente, la asunción por parte del primero de una de las obligaciones que el Insalud tiene frente a la segunda. Para que se opere dicha novación subjetiva en la relación, que determinaría que

³³ Delegación de pago es aquella por la que el delegado no asume ninguna obligación frente al delegatario, sino que se limita a efectuar una prestación en su favor por indicación del delegante.

³⁴ A raíz de la propia actuación puede surgir una relación obligacional, pero no existe antes.

³⁵ Vid. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones*, Editorial Nauta, Barcelona, 1964, p. 418.

³⁶ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, en *Elementos de Derecho Civil*, T.III, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1994, p. 333, § 204.

las dos relaciones causales pasaran a ser sólo una —la que unía a la entidad que detenta el establecimiento con el particular—³⁷, es necesario el consentimiento del acreedor, por aplicación del artículo 1205 del Código Civil³⁸; en el caso que se estudia esta posición es ocupada por la paciente que es la acreedora de la prestación. Y, ¿acaso su concurrencia al acuerdo, no es una manifestación clara de su voluntad favorable al cambio de deudor?

En efecto, podría interpretarse el acuerdo que media entre estos dos individuos de modo que el consentimiento del médico se entienda como asunción de la obligación que el Insalud tiene frente a la paciente, y el que presta ésta, como voluntad favorable al cambio de deudor. Si así fuera nos podríamos encontrar ante una delegación novativa pasiva, cuyos efectos son, al decir de LAGUNA IBÁÑEZ los siguientes: *en la dirección delegante-delegatario supondrá extinción definitiva de la relación obligatoria que entre ambos media, que sólo podrá revivir en los casos previstos en el artículo 1206. En la dirección delegado-delegatario: el delegado quedará obligado principal y únicamente frente al segundo. En la dirección delegado-delegante: la relación que les une puede tener causa solvendi, donandi, mutuandi, etc.*³⁹

Ahora bien, para que a través de una delegación se opere una novación subjetiva de deudor, que —en el caso concreto enjuiciado en la sentencia— dejaría al margen de la relación al Insalud, es necesario que concurra otra circunstancia, en opinión de SANCHO REBULLIDA: que la deuda que se asuma frente al acreedor sea exactamente igual a la que vinculaba al anterior deudor con el acreedor. Dice literalmente este autor: *Cuando sea un iussum promittendi y en su ejecución el delegado se obligue frente al delegatario al idem debido por el delegante, se opera la novación por cambio de deudor*⁴⁰.

En nuestro caso, sería necesario, para que operara la novación subjetiva y, por tanto, que el delegado-profesional hubiera asumido frente al delegatario—particular, al comprometerse personalmente a realizar la prestación, la misma obligación que mediaba entre el delegante-Insalud y particular-delegatario.

³⁷ LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando, «La delegación en el Derecho Civil español» *Temis*, 1958, p. 158. Dice este autor que *la delegación novativa destruye los vínculos obligatorios existentes*.

³⁸ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1964, p. 53.

³⁹ LAGUNA IBÁÑEZ, Fernando, «La delegación en el Derecho Civil español» *Temis*, 1958, p. 174.

⁴⁰ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *La novación de las obligaciones*, Ediciones Nauta, Barcelona, 1964, p. 418, § 138, en donde afirma que *la delegación en el Derecho civil moderno mantiene la misma estructura e idéntica función que en el Derecho romano; también sus relaciones con el instituto de la novación son las mismas* (supra núms. 20 y 21). En el § 20 al que se remite el autor, pp. 50–51, entiendo que dice que sólo puede operarse novación y por tanto extinción de la relación que media entre delegante y delegatario (Insalud y particular) cuando la prestación que realiza el delegatario es la misma que el delegante debía al delegado. Dice literalmente: *Pues bien, es necesario añadir que no basta ello para producir novación: se precisa subdistinguir, todavía tres hipótesis: a') Tertius estipula en la forma: Spondesne mihi dare centum? En este caso no hay novación. Se extinguiría la obligación preexistente (las dos obligaciones sí, a su vez. Primus debía la misma cantidad a Tertius) si —conforme a la communis opinio— se admite que la delegación equivale a una prestación del delegado al delegante y del delegante al delegatario. Pero, aun admitiendo esta tesis, la extinción no se operaría por novación. Además, en la p. 69 y siguientes, § 38 dice que en Derecho romano clásico se exigía, para que hubiese novación, la plena identidad de objeto en ambas obligaciones: no la simple equivalencia.*

Mantiene esta posición en *Elementos de Derecho Civil*, T.III, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1994, p. 333, § 204: *la novación subjetiva por cambio de deudor tiene lugar cuando una obligación se extingue mediante el nacimiento de otra obligación del idem debitum entre el mismo acreedor y distinto deudor.*

¿Concurre esta circunstancia en el caso enjuiciado por la sentencia? El ginecólogo en el caso analizado no asume frente a la paciente todo el haz de obligaciones que resulta de la relación que mantiene ésta con el Insalud, que no se limita al mero desenvolvimiento de un trabajo profesional por un especialista en ginecología. La paciente tiene derecho, en virtud de esa relación, además y entre otras cosas, a que otro tipo de profesionales trabajen en orden a solucionar el problema de salud que le afecta –enfermeras, anestesistas, farmacéuticos, etcétera–, a la hospitalización en su caso, al uso en su beneficio de las instalaciones con las que cuenta dicho organismo, etc. Es obvio que no asume el profesional, ni la paciente lo pretende⁴¹, la deuda completa de asistencia sanitaria. Lo que podría llevarnos a negar la presencia de una novación de la relación, que hiciera desaparecer la relación Insalud-paciente; pero si referimos el análisis a la concreta obligación de asistencia ginecológica sí podría afirmarse la presencia de una novación en esa concreta y específica obligación.

La consecuencia de tal interpretación es evidente, en la medida en que el daño a la paciente se le causa en el cumplimiento de dicha obligación y no de otra –a la que estaba obligado el Insalud–, cabría plantear si efectivamente no tiene razón dicho Organismo al plantear su falta de legitimación pasiva.

Sólo hay un escollo a la consideración de este acuerdo como concierto novatorio de la obligación de asistencia ginecológica: es preciso que concurra el *animus novandi*, es decir, que los sujetos pretendan dicha novación. En el caso de autos, al menos queda patente que la paciente acudió al profesional en la medida en que éste formaba parte del Insalud, lo que puede evidenciar que no pretendía tal novación. Dice la sentencia, al respecto, en el fundamento de Derecho número tres: «... la elección de dicho facultativo por aquélla –se refiere a la paciente– se produjo por pertenecer el mismo al Insalud». Lo que puede interpretarse en el sentido de que no hay *animus novandi*.

De modo que –aunque acaso pudiera argumentarse– es difícil y puede resultar artificioso sostener que se haya operado, por medio de este acuerdo, una novación subjetiva por cambio de deudor. Y más teniendo en cuenta que la explicación de este acuerdo –que se hace en el epígrafe siguiente– es mucho más simple.

b'. Significado jurídico del acuerdo entre la paciente y el especialista: libre elección de facultativo.

Hemos visto como el hecho de que no medie una declaración de voluntad concreta del Insalud en la situación fáctica descrita, no significa que no haya delegación. Sin embargo, puede afirmarse que, mientras en las relaciones normales, sí media cierta declaración de voluntad por parte de este organismo, a través del órgano correspondiente, en el caso de la sentencia el acuerdo entre los individuos excluye tal manifestación. Interesa ahora a la argumentación que estamos realizando, concretar cuál es el contenido y el significado jurídico de la que habitualmente suele concurrir.

La declaración de voluntad a que nos referimos es la que señala el paciente o pacientes en favor de los que debe trabajar el especialista. Conforme al artículo 23.1.º del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, es el organismo público

⁴¹ Tal y como se deriva de la sentencia que dice que en cualquier caso la paciente acudió a dicho profesional en cuanto perteneciente al Insalud.

correspondiente el que debe hacer esta adscripción. Completamos ahora el párrafo 1.º del artículo 23 que más arriba hemos dejado inconcluso:

«Artículo 23. Función de los especialistas:

1. La asistencia completa dentro de su especialidad de las personas protegidas por la Seguridad Social *que le hayan sido adscritas por el Instituto Nacional de Previsión.*»

De modo que el profesional, cumplirá su deuda atendiendo a beneficiarios de la Seguridad Social, pero sólo cuando se trate de aquellos que le han sido adscritos por dicho organismo. Él no tiene derecho a elegir los pacientes.

Por lo tanto, la manifestación de voluntad que suele emitir el organismo público en este tipo de relaciones no es tanto la orden delegatoria dirigida al profesional —que hemos visto que aparece contenida en la ley, o está contenida en el contrato que los vincula— cuanto la determinación de la persona en favor de quién debe prestar el servicio. Sin embargo, en el supuesto de la sentencia esta declaración no existe. Y esta es la distorsión, y no otra, que el mismo presenta en relación con el caso típico de prestación de asistencia sanitaria a través del Insalud.

c'. Legitimidad del acuerdo entre la paciente y el médico.

Sin embargo, este comportamiento puede no ser ilegítimo, como ahora veremos. Sorprende, por ello, que la sentencia se manifieste rotundamente en sentido contrario, cuando dice en el Fundamento de Derecho tercero que:

«En el orden de cosas indicado, no obstante ser cierto, como se reconoce en la sentencia recurrida, que la actora carecía del derecho estricto a ser atendida concretamente por el facultativo demandado, aconteciendo así por vía del acuerdo amistoso entre ambos ... »

El artículo 9 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, que regula las prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos⁴², otorgaba a la paciente el derecho a elegir ginecólogo; disponía este precepto —en desarrollo del artículo 112 de la Ley de Seguridad Social— que podría optarse entre los tocólogos, médicos generales y pediatras de familia que ejercieran en la zona de residencia del beneficiario de la Seguridad Social⁴³.

Así mismo, el párrafo 4.º del artículo 23 del Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, establece que la determinación de las personas asignadas a cada especialista en determinados casos no debe ser realizada por el organismo correspondiente, sino que deberán prestar la asistencia sanitaria a requerimiento directo del interesado. Esta posibilidad sólo existe, según este precepto, en relación a los especialistas de Pediatría-Puericultura, Tocología y Odontología; también hay posibilidad de elegir Oftalmólogo, cuando se trate de una urgencia.

Sin embargo, en ese momento estaba vigente ya la Ley General de Sanidad —14/1986, de 25 de abril—. En su artículo 10.13 reconoce el derecho a la libre

⁴² Publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 28 de noviembre del mismo año, y las rectificaciones en el de 23 de enero de 1968.

⁴³ Si bien existe un límite numérico de adscripciones a cada facultativo.

elección de facultativo⁴⁴, y el artículo 14 se refiere a este derecho, en los siguientes términos:

«Los poderes públicos procederán, mediante el correspondiente desarrollo normativo, a la aplicación de la facultad de elección de médico en la atención primaria del Área de Salud. En los núcleos de población de más de 250.000 habitantes se podrá elegir en el conjunto de la ciudad.»

Parece que esta Ley reduce la posibilidad de elegir médico a la atención primaria, eliminando esta facultad en relación al conjunto de especialistas a que se referían los Decretos a que se ha aludido, entre los que se encontraban los ginecólogos.

En virtud de las disposiciones derogatorias de la Ley General de Sanidad, y por mor de la contradicción aparente entre lo dispuesto en su artículo 14 –limitando el derecho de elección a la asistencia primaria– y lo previsto en los Decretos anteriormente referidos, podría afirmarse la derogación de estos últimos. Lo que nos llevaría a concluir que el acuerdo entre la paciente y el ginecólogo no es conforme a la ley.

Sin embargo, se aprueba, con posterioridad, el Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre⁴⁵, que regula precisamente la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de la Salud. Y es precisamente la disposición derogatoria del mismo la que nos permite afirmar que: en el momento en que se producen los hechos que originan esta sentencia, el artículo 9 del Decreto de 2766/1967, de 16 de noviembre, estaba vigente. Ya que esta disposición lo deroga expresamente, con lo que, hasta ese momento, había que entenderlo en vigor.

Por tanto, el acuerdo entre la paciente y el profesional es conforme a Derecho y no debe determinar ningún efecto diferente a los que se producen en las relaciones habituales entre estas tres posiciones subjetivas. La prestación del servicio por parte del especialista y su recepción por la paciente se produce en el marco estructural del Insalud.

La sentencia, por tanto, adopta en este punto, a mi entender, una postura adecuada, aunque parta de consideraciones erróneas, tales como que la paciente no tenía derecho a ser atendida por el profesional que ella eligiera.

CONCLUSIÓN

Entiendo, por todo lo dicho, que la sentencia llega a la solución más adecuada al caso de autos. Una vez determinado el comportamiento negligente del profesional médico que intervino a la paciente, la imputación que realiza de las responsabilidades es correcta, aunque se parta de presupuestos erróneos.

⁴⁴ Artículo 10 de la Ley General de Sanidad:

«Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas:

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regulen el trabajo sanitario en los Centros de Salud.»

El derecho a la libre elección de facultativo también lo contempla el artículo 112 de la Ley de Seguridad Social.

⁴⁵ Publicado en el «Boletín Oficial del Estado», número 238, de 5 de octubre de 1993.

La sentencia al desestimar los recursos de casación, desoye –un tanto intuitivamente, pero acertadamente– todas las circunstancias que enturbiaban la asimilación del supuesto de hecho a un caso habitual de asistencia de un beneficiario de la Seguridad Social en el Insalud. El Tribunal Supremo llega a la conclusión, sin proceder a un análisis del significado del acuerdo entre la paciente y el médico, de que el Insalud no estaba al margen de la relación.

Efectivamente, entiendo que no se puede defender en este caso la falta de legitimación pasiva del mismo, ya que al permitir la ley la elección del ginecólogo, la presencia del acuerdo no estorba a la incardinación de la relación en el supuesto habitual de este tipo de relaciones. La prestación se había realizado en el ámbito estructural de dicho Organismo tal y como afirma la sentencia cuando dice en el Fundamento de Derecho núm. 5, que la prestación profesional se desenvuelve «... dentro del propio ámbito del Instituto Nacional de la Seguridad Social». Este Organismo estaba, por tanto legitimado pasivamente.

