

UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



**LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS
COMO RELACIÓN JURÍDICA DE CONSUMO**

TESIS DOCTORAL

JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS

**Bajo la dirección de:
JORGE LUIS TOMILLO URBINA.
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de
Cantabria**

Santander, 2016

INDICE

INTRODUCCIÓN	15
1.- PRELIMINAR	15
2.- HIPÓTESIS Y OBJETIVOS.....	19
3.- METODOLOGÍA	22
CAPÍTULO I	29
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS	29
1.- LA MEDICINA EN LA ANTIGÜEDAD: DE LA MAGIA Y RELIGIÓN COMO TÉCNICAS DE SANACIÓN A LA MEDICINA TÉCNICA INSPIRADA EN LA <i>PHILÍA</i>	29
1.1.- El chamán como sanador.....	29
1.2.- El Código de Hammurabi como texto jurídico-médico de la civilización mesopotámica: responsabilidad y proporcionalidad	32
1.3.- El avance hacia la medicina empírica en el antiguo Egipto	36
1.4.- La medicina técnica en la Grecia hipocrática: la <i>philía</i> como fundamento de la relación médico-paciente	41
2.- LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN EL DERECHO ROMANO: <i>AMICITIA</i> , VÍNCULO CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD	48
2.1.- Planteamiento: la medicina en Roma	48
2.1.1.- La naturaleza de la medicina en las fuentes romanas.....	48
2.1.2.- La consideración jurídica de la condición médica.....	53
2.2.- Calificación jurídica de la prestación de servicios médicos	57
2.2.1.- La ausencia de relación contractual de la etapa republicana: los esclavos médicos.....	57
2.2.2.- La medicina como <i>ars liberal</i> en la época imperial: <i>mandatum</i> vs. <i>locatio- conductio</i>	59
2.2.3.- La prestación de servicios médicos como contrato innominado en el Derecho justiniano	67
2.3.- Responsabilidad por la prestación de servicios médicos	68
3.- EL CONCEPTO CRISTIANO DE CARIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS DURANTE LA EDAD MEDIA.....	74
3.1.- Planteamiento	74
3.2.- Relación asistencial y responsabilidad médica en el Medievo.....	76
4.- EL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS: DESDE EL RENACIMIENTO HASTA EL SIGLO XIX.....	87

4.1.- Del Renacimiento a la Ilustración: antropocentrismo y secularización	87
4.2.- El principio de beneficencia en el siglo XIX	95
4.2.1.- Regulación decimonónica de la actividad médico-sanitaria en España	95
4.2.2.- Responsabilidad médica en los países del <i>comon law</i> por “ <i>malpractice</i> ”	100
5.- LA IRRUPCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN EL SIGLO XX: DEL PACIENTE AL CONSUMIDOR DE SALUD	103
5.1.- Planteamiento	103
5.2.- Universalización de la asistencia sanitaria.....	104
5.3.- Reconocimiento del principio de autonomía del paciente	108
5.3.1.- Primera etapa: responsabilidad médica por “ <i>battery</i> ”	110
5.3.2.- Segunda etapa: la doctrina del consentimiento como manifestación del “ <i>self-determination right</i> ”	113
5.3.3.- Tercera etapa: la doctrina del “ <i>informed consent</i> ”	114
5.3.4.- Cuarta etapa: la doctrina de los estándares de la información.....	117
5.3.4. a) El estándar profesional del médico razonable	117
5.3.4. b) El estándar objetivo de la persona razonable	118
5.3.4. c) El estándar subjetivo del paciente	122
5.4.- Internacionalización y “consumerización” de los derechos de los pacientes	124
CAPITULO II.....	133
LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PRESTACIONAL.....	133
1.- EL USUARIO DE SERVICIOS SANITARIOS COMO CONSUMIDOR ESPECIAL	133
1.1.- Preliminar	133
1.2.- Concepto económico <i>versus</i> concepto jurídico de consumidor: debate y experiencias de Derecho comparado sobre su aplicación al usuario de servicios sanitarios	136
1.3.- La aplicación al usuario de servicios sanitarios de las categorías doctrinales del Derecho de Consumo	151
1.3.1.- Noción abstracta y nociones concretas.....	151
1.3.2.- Consumidor jurídico y consumidor material	155
1.4.- La calificación del usuario de servicios sanitarios como consumidor	157
1.4.1.- El concepto de consumidor en el Derecho comunitario	157
1.4.1.a) Su plasmación jurídico-positiva.	157
1.4.1.b) Criterios hermenéuticos restrictivos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: delimitación positiva y doctrina del consumidor medio ..	165
1.4.2.- El concepto de consumidor en el Derecho comparado	169

1.4.2.a) Ordenamientos europeos que reproducen literalmente el concepto de la Directiva 2011/83: Francia y Bélgica	170
1.4.2.b) Ordenamientos europeos que contienen matices respecto del concepto de la Directiva 2011/83: Alemania, Reino Unido, Italia y Portugal	171
1.4.2.c) Ordenamientos latinoamericanos que siguen empleando la técnica del destinatario final: Argentina, Brasil, México; la excepción peruana	174
1.4.3.- El concepto de consumidor en el Derecho estatal	176
1.4.3.a) El sistema de “destinatario final” de la LGDCU de 1984.....	176
1.4.3.b) El sistema de “ajenidad de propósito empresarial” en el TRLGDCU de 2007	178
1.4.4.- El concepto de consumidor en el Derecho autonómico.....	191
1.4.4.a) Normas autonómicas que emplean el criterio del destinatario final (doble delimitación positiva y negativa)	192
1.4.4. b) Normas autonómicas que emplean el sistema de ajenidad	195
1.4.4.c) Normas autonómicas que combinan ambos criterios	196
1.4.5.- El usuario de servicios sanitarios como consumidor especial.....	198
1.4.5.a) Fundamentos preliminares.....	198
1.4.5.b) Aplicación combinada y cumulativa de la norma general y de la norma sectorial: argumentos hermenéuticos <i>de lege data</i>	203
1.4.6.- El usuario de servicios sanitarios como consumidor vulnerable.....	223
1. 4.6.a) El consumidor vulnerable en el ordenamiento jurídico comunitario	223
1 4.6.b) El consumidor vulnerable en el ordenamiento jurídico interno.....	228
2.- EL PRESTADOR DE SERVICIOS SANITARIOS.....	232
2.1- Preliminar	232
2.2.-Concepto de empresario o profesional en el Derecho de Consumo comunitario	234
2.3.- Concepto de empresario o profesional en el Derecho de Consumo comparado	242
2.3.1- Ausencia de uniformidad en los ordenamientos europeos.....	243
2.3.2- Unificación latinoamericana en torno a la figura del proveedor.....	246
2.4.- El empresario en el TRLGDCU	249
2.4.1.- Configuración técnico-jurídica	249
2.4.2- La cuestión de la Administración pública como empresario a efectos del Derecho de Consumo	257
2.4.2.a) Planteamiento general	258
2.4.2. b) Su tratamiento en el Derecho autonómico	259

2.4.2.c) Exégesis	266
2.5.- El prestador de servicios sanitarios: concepto y formas de personificación jurídica	269
2.5.1.- El concepto de prestador de servicios sanitarios.....	269
2.5.2.- El prestador de servicios sanitarios como persona física	274
2.5.3.- El prestador de servicios sanitarios como persona jurídica	277
2.6.- Las sociedades de profesionales sanitarios.....	280
2.6.1.- Función económica en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios	280
2.6.2.- Antecedentes regulatorios	281
2.6.3.- Caracterización. Especial referencia a las profesiones sanitarias	284
2.6.4.- Tratamiento de la responsabilidad. Especial referencia a la derivada de actos profesionales que causen daños a pacientes.....	291
2.6.4.a) Planteamiento	291
2.6.4.b) Responsabilidad por las deudas sociales generales	293
2.6.4.c) Responsabilidad por las deudas sociales derivadas de actos profesionales	294
2.6.4.d) Responsabilidad disciplinaria	301
2.7.- Las cooperativas sanitarias como prestadoras y destinatarias de servicios de salud.....	302
2.7.1.- Función social y económica	302
2.7.2.- Régimen jurídico estatal.....	305
2.7.3.- Las cooperativas sanitarias en el Derecho autonómico	309
2.7.4.- Tipología de cooperativas sanitarias estatales y grado de aplicación de la disciplina de defensa del consumidor.	312
2.7.4.a) Cooperativas de prestadores de asistencia sanitaria.....	312
2.7.4.b) Cooperativas de destinatarios de asistencia sanitaria.....	313
2.7.4.c) Cooperativas sanitarias integrales	314
2.7.4.d) Aplicación de la disciplina de defensa del consumidor.....	315
2.7.5.- Reglas especiales: cooperativas sanitarias organizadas como entidades aseguradoras y cooperativas de segundo grado	317
2.8.- Referencia a las Agrupaciones de Interés Económico como fórmula consorcial para la prestación de servicios sanitarios.....	319
CAPÍTULO III.....	327
TÍTULOS CONTRACTUALES DE ACCESO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS	327
1.- LA PRESTACIÓN DIRECTA A TRAVÉS DEL CONTRATO DE SERVICIOS SANITARIOS: PLANTEAMIENTO CONCEPTUAL	327

1.1.- El carácter potencialmente contractual de la actividad sanitaria	327
1.2.- Configuración del contrato.....	334
2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS: POSICIONES DOCTRINALES Y SU REFUTACIÓN.....	338
2.1.- La tesis de la calificación como contrato de mandato	338
2.2.- La tesis de la calificación como arrendamiento de servicios	342
2.3.- La tesis del arrendamiento de obra	346
2.4.- La tesis del contrato innominado.....	349
2.5.- La tesis del contrato <i>sui generis</i>	351
2.6.- La tesis del contrato multiforme	353
2.7.- La tesis del contrato atípico mixto	354
3.- NUESTRA FORMULACIÓN (I): ES UN CONTRATO SINGULAR PARCIALMENTE ATÍPICO	357
3.1.- Su consideración como contrato parcialmente atípico	357
3.1.1.- Planteamiento	357
3.1.2.- Tipicidad legislativa fragmentaria e incompleta.....	360
3.1.3.- Tipicidad social problemática: el papel de los códigos deontológicos.	365
3.2.- Hacia su regulación como tipo autónomo: los intentos codificadores en el ámbito nacional y europeo	369
3.3.- Su carácter de contrato de prestación de servicios en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014	377
3.3.1.- Planteamiento: el prestador.....	377
3.3.2.- El ordenante-consumidor	379
3.3.3.- El objeto del contrato.....	381
3.3.4.- ¿Contrato civil o mercantil?.....	383
3.3.4.a) La tesis del contrato de servicios con consumidores como contrato civil.....	384
3.3.4.b) La tesis del contrato de servicios con consumidores como contrato mercantil.....	389
3.3.4.c) Nuestra posición.....	394
3.4.- Su tipificación en el <i>Draft Common Frame of Reference</i> (DCFR) de la Unión Europea.....	403
3.4.1.- El contrato de servicios en el DCFR.	403
3.4.2.- El contrato de tratamiento médico del DCFR como modalidad especial de contrato de servicios.	409
4.- NUESTRA FORMULACIÓN (II): ES UN CONTRATO DE CONSUMO.	416
4.1.- Su configuración en la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores y en el TRLGDCU	416

4.2.- Consecuencias prácticas de su configuración como contrato de consumo	426
4.2.1.- Sistema de prelación normativa.....	426
4.2.2.- Nivel de protección de la legislación sectorial.....	432
4.2.3.- Extensión del suelo precontractual de mínimos.	435
4.2.3.a) Información precontractual general	435
4.2.3.b) Control preventivo sobre pagos adicionales.....	437
4.2.3.c) Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato....	438
4.2.4.- Extensión del suelo contractual de mínimos.....	442
4.2.4.a) Garantías materiales del contrato.	442
4.2.4.b) Garantías documentales del contrato.....	443
4.2.4.c) Otras garantías	446
5.- EL CONTRATO DE CLÍNICA U HOSPITALIZACIÓN COMO SUPUESTO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS SANITARIOS. ..	447
5.1.- Configuración y naturaleza: argumentos en contra de su autonomía.	447
5.2.- La inexistencia de contrato de clínica en el DCFR.....	455
5.3.- Régimen de responsabilidad civil de la clínica por daños causados al paciente-consumidor.	457
5.3.1.- Contrato integral que incluya prestaciones médicas y prestaciones extramédicas o paramédicas	457
5.3.1.a) Daños por incorrecta prestación del servicio extramédico o paramédico	458
5.3.1.b) Daños por incorrecta prestación del servicio médico	460
5.3.2.- Contrato básico que sólo comprenda prestaciones extramédicas y paramédicas.....	463
6.- LA PRESTACIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DEL CONTRATO DE SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA	466
6.1.- Planteamiento: el seguro de asistencia sanitaria como contrato de consumo	466
6.2.- Seguro de enfermedad y seguro de asistencia sanitaria ¿una única figura o dos diferentes?.....	472
6.2.1.- La cuestión en el Derecho comparado	472
6.2.2.- La cuestión en el Derecho español.....	475
6.3.- Clasificación doctrinal	483
6.3.1.- Seguros de libre elección o reembolso	483
6.3.2.- Seguros de prestación de servicios médico-quirúrgicos.....	485
6.3.3.- Seguros mixtos	486
6.4.- Regulación del seguro de asistencia sanitaria en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil	486

6.5.- Responsabilidad de la aseguradora por daños causados al usuario-asegurado en los seguros de libre elección o reembolso.	489
6.6.- Responsabilidad de la aseguradora por daños causados al usuario-asegurado en los seguros de prestación de servicios médico-quirúrgicos.	492
6.6.1.- Criterios de imputación.....	492
6.6.2.- Criterio de la dependencia (responsabilidad por hecho ajeno)	494
6.6.3.- Criterio de la naturaleza contractual de la prestación (responsabilidad contractual)	497
6.6.4.- Criterio de la apariencia (responsabilidad por garantía)	498
6.6.5.- Criterio de la intervención en la elección (responsabilidad por culpa <i>in eligendo</i> o <i>in operando</i>)	501
6.6.6.- Criterio de la relación jurídica de consumo (responsabilidad por aplicación de la normativa de defensa de los consumidores).....	502
6.6.7.- La acción de regreso de la aseguradora frente a los facultativos de su cuadro médico: solidaridad impropia.	504
6.7.- La doble cobertura pública y privada	506
6.7.1.- Libertad de elección del asegurado	506
6.7.2.- El debate sobre la asunción de los costes derivados de la asistencia ...	508
6.8.- Límites de la cobertura y de los derechos del paciente-asegurado.	518
6.8.1.- Planteamiento: cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado	518
6.8.2.- Cobertura de la asistencia sanitaria de carácter urgente.....	522
6.8.3.- Cobertura en caso de enfermedades preexistentes: los cuestionarios de salud	529
6.8.4.- Limitaciones temporales.	532
6.8.4.a) Previsión de plazos de carencia.	532
6.8.4.b) Denuncia unilateral del contrato por la aseguradora.....	533
6.8.5.- Limitaciones objetivas.	535
CAPITULO IV	541
RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR SERVICIOS Y PRODUCTOS SANITARIOS	541
1.- PRELIMINAR: DERECHO DE CONSUMO Y CAUCES DE EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA	541
2.- LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN Y LA “ <i>LEX ARTIS AD HOC</i> ” COMO PARÁMETRO DE LA DILIGENCIA DEL PRESTADOR.....	547
2.1.- Responsabilidad por culpa y obligación de medios	547
2.2.- La <i>lex artis ad hoc</i> en el ámbito médico-sanitario	550
3.- RÉGIMEN DE LA CARGA DE LA PRUEBA	556

3.1.- Planteamiento	556
3.2.- Criterio del daño desproporcionado.....	557
3.3.- Criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria	564
3.4.- Criterio de la probabilidad cualificada	566
3.5.- Criterio de la pérdida de oportunidad para los casos de probabilidad no cualificada	568
3.5.1.- Régimen general.....	569
3.5.2.- Las acciones <i>wrongful conception</i> , <i>wrongful birth</i> y <i>wrongful life</i> como manifestación de la pérdida de oportunidad impropia	581
3.5.2.a) Planteamiento	581
3.5.2.b) <i>Wrongful conception</i>	584
3.5.2.c) <i>Wrongful birth</i>	586
4.- LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO CAUSA DE EXONERACIÓN: PERSPECTIVA GENERAL	594
5.- LA MEDICINA SATISFACTIVA COMO SUPUESTO DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS CUALIFICADA	599
5.1.- Planteamiento	599
5.2.- Evolución jurisprudencial	601
5.2.1.- Primera etapa: obligación de resultado.....	601
5.2.2.- Segunda etapa: obligación de medios cualificada.....	602
6.- APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO	609
6.1.- Planteamiento	609
6.2.- Evolución jurisprudencial	611
6.2.1.- Primera etapa . Preterición de la normativa de defensa de los consumidores.....	611
6.2.2.- Segunda etapa. Inaplicación de la normativa de defensa de los consumidores.....	611
6.2.3.- Tercera etapa. Aplicación de la normativa de defensa de los consumidores.....	614
6.2.4.- Cuarta etapa. Exigencia de culpa para el acto médico y aplicación a los aspectos funcionales del servicio.....	620
6.3.- Aplicación a las infecciones nosocomiales	625
7.- BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR DEFECTUOSA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.	631
7.1.- Primera etapa: la falta de consentimiento genera siempre obligación de indemnizar	632

7.2.-Segunda etapa: la falta de consentimiento genera obligación de indemnizar si hay daño físico.....	632
8.- RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS DEFECTUOSOS.	635
8.1.- Planteamiento.	635
8.2.- Sujetos responsables.	638
8.2.1.- Introducción	638
8.2.2.- Responsabilidad solidaria.	640
8.2.3.- Concurrencia de responsabilidades.....	641
8.3.- Concepto de medicamento y producto sanitario defectuoso.	644
8.4.- Régimen de responsabilidad objetiva: especial atención a la relación de causalidad.	650
8.5.- Clases de defectos.....	653
8.5.1.- Planteamiento	653
8.5.2.- Defecto de información.	653
8.5.3.- Defecto de fabricación	659
8.5.4.- Defecto de diseño.	660
8.6.- Régimen especial de los riesgos de desarrollo como causa de exoneración en materia de medicamentos y productos sanitarios defectuosos	661
8.7.- Prescripción. El caso de la talidomida: entre la justicia material y la seguridad jurídica.....	669
CONCLUSIONES.....	681
BIBLIOGRAFÍA.....	713

ABREVIATURAS

CC	Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889
CCo	Código de Comercio, publicado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885
CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
D	Digesto.
DFCR	Draft of a Common Frame of Reference.
LAIE	Ley 12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico
LAP	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.
LCD	Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.
LCoop	Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas
La Ley	Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
LGS	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad
LOPS	Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.
LRCPD	Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos
LSP	Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.
ob.cit.	obra citada
pp.	páginas

SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TRLGDCU	Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
TRLM	Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
<i>Vid.</i>	Ver

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

1.- PRELIMINAR

La preocupación por la salud es un tema de tradicional interés para el individuo y, especialmente, desde los últimos tiempos, para el ciudadano español¹. Fruto de dicho interés, asistimos hoy en día, a una espectacular transformación de la relación clínico-asistencial que ha pasado a girar en torno al principio de autonomía del paciente, premisa plenamente aceptada en el ámbito jurídico. Sobre la base de dicho principio, el paciente plenamente informado ejerce con libertad su autonomía personal en la toma de decisiones sobre su salud. Sin embargo, el lapso histórico experimentado hasta llegar a este último escenario, superando el principio de beneficencia que tradicionalmente presidía la relación asistencial, ha sido dilatado en el tiempo. El último estadio en esta evolución ha sido el nuevo *status* como consumidor del paciente, o mejor aun, del usuario de servicios sanitarios.

Así las cosas, la presente tesis doctoral pretende abordar el análisis de la prestación de servicios sanitarios desde la óptica del denominado “*Derecho de Consumo*”². En este sentido, la investigación pretende utilizar

¹ Si bien según los datos ofrecidos por la Encuesta Europea de Salud para España (consultado el día 22 de octubre de 2015 en la web <http://www.ine.es/prensa/np937.pdf>), en el año 2014, el 71% de la población consideraba su estado de salud como bueno o muy bueno, el barómetro realizado por *Index Life* – iniciativa formada por el Instituto de Prospectiva Internacional (IPI), el Grupo Cofares y la Agencia EFE – señalaba que la salud propia y la de las personas cercanas es la principal preocupación de los españoles, junto con el miedo a perder el empleo, la vivienda o la pensión (nota de prensa Agencia EFE, consultado el día 22 de octubre de 2015 en la web <http://www.efesalud.com/noticias/la-salud-principal-preocupacion-de-los-espanoles-en-su-vida-personal/>).

² La denominación “*Derecho de Consumo*” no es pacífica en la doctrina. Se trata de una categoría procedente del llamado “*Droit de la consommation*”

las categorías tradicionalmente acuñadas en el ámbito del Derecho de Consumo para analizar la relación clínica y poder de este modo demostrar que el usuario de servicios sanitarios constituye un supuesto de consumidor especial al que también le debe resultar de aplicación el régimen tuitivo de tal ordenamiento. Por ello, el estudio aborda las relaciones entre el comúnmente conocido como “Derecho sanitario” o “Derecho de la Salud” (*Health Law*, en los países anglosajones) y el Derecho de Consumo para poder concluir que la aplicación de este último al fenómeno asistencial no tiene, como ha sucedido desafortunadamente en otros sectores como el de los servicios financieros o el del aseguramiento, una finalidad de desplazamiento normativo. Antes al

utilizada en Francia (por todas, la influyente obra de CALOIS AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 1ª ed., Précis-Dalloz, Paris, 1980) y exportada a otros países continentales como Bélgica, o Italia, donde la codificación dio como fruto un *Codice de consumo* de 2005, siguiendo la estela iniciada por el *Code de la consommation* francés de 1993. Por el contrario, en Estados Unidos, Reino Unido, Australia y, en general, en los países del *Common Law* se prefirió tradicionalmente la expresión Derecho del Consumidor (“*Consumer Law*”). Lo mismo ocurre Alemania (“*Verbraucherschutz Recht*”) o en Holanda (“*Consumentenrecht*”). En la República Federal de Alemania, la expresión *Verbraucherschutz* ya es utilizada en 1972 por VON HIPPEL, Eike, en “Grundfragen des Verbraucherschutzes”, *JuristenZeitung*, nº 14, 1972, pp. 417-423, y después por SMITIS, Konstantin, *Verbraucherschutz=Schlagwort Oder Rechtsprinzip?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976. En Holanda fueron pioneros los trabajos de BRACK, Antoni, *Kempunten van het Consumentenrecht*, 2ª ed., Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn, 1980, y HONDIUS, Ewoud H., *Konsumentenrecht: preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* Kluwer, Deventer, 1976. No faltan autores que prefieren el término “Derecho del Consumidor” (v.gr., ALPA, Guido, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2002) para dejar claro que el sujeto protegido por la disciplina es el que tiene tal consideración. Sin embargo, a nuestro juicio, constituye una cuestión puramente nominal y accesorio dado que, si bien es cierto que el título de imputación de la relación jurídica de consumo descansa sobre el concepto subjetivo de consumidor, no lo es menos que se trata en el fondo de un ordenamiento regulador de las relaciones jurídicas de consumo. Un ejemplo lo podemos encontrar en el otro gran ordenamiento tuitivo de la asimetría posicional: el Derecho del Trabajo, cuya denominación objetiva (“trabajo”) no hace en ningún caso dudar de que tiene como elemento finalista la protección del trabajador.

contrario, la aplicación cumulativa de ambos ordenamientos, en muchos casos perfectamente compatibles, debe suponer un incremento del arsenal preventivo y reparador del que dispone el paciente. A mayor abundamiento, las concomitancias entre ambas disciplinas llegan al punto de poder comprobar cómo la dogmática institucional es básicamente coincidente tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo, razón que merece un intento de aprehensión de la relación jurídico-sanitaria desde la óptica consumerista. De hecho, debemos destacar que es precisamente el derecho a la protección de la salud, el primer derecho de todo consumidor y es justamente en torno a esta preocupación sobre la que surgieron las denominadas leyes de consumidores “*de primera generación*”. Por otra parte, al igual que ha sucedido en los demás sectores prestacionales, asistimos a un progresivo y creciente proceso de patrimonialización de la relación asistencial que, frente a la perspectiva clásica de beneficencia, ha incorporado modernas categorías responsabilísticas cuya aplicación a este campo resulta preciso examinar.

Nos encontramos, en todo caso, ante ordenamientos jurídicos complementarios que tienen un claro carácter reactor frente a situaciones verticales de asimetría posicional y que, por ello, incorporan elementos de reequilibrio en favor de la parte más débil de la relación jurídica. En efecto, a medida que penetramos en el estudio desde una perspectiva institucional carente de elementos metajurídicos, podemos progresivamente asistir a lo que acaso podríamos denominar *hermanamiento institucional*, fenómeno que exige del jurista una explicación no sólo dogmática sino también empírica. Por ello, el camino que ahora emprendemos partirá de la calificación de la prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo con la confesada finalidad de ahormar en el seno de aquélla las instituciones básicas del Derecho de Consumo a los efectos de efectuar las oportunas integraciones. Este

planteamiento no ha resultado cultivado hasta la fecha de una forma integral, probablemente por una situación fáctica que poco tiene que ver con una consideración universal del Derecho³. Así las cosas, el Derecho de Consumo ha sido tradicionalmente objeto de estudio de privatistas mientras que, como regla general, la intervención jurídica en la actividad médica ha constituido un terreno de juego interdisciplinar transitado por multitud especialistas, tanto de Derecho público como de Derecho privado. Por otro lado, tanto la doctrina civil como la mercantil, con cualificadas excepciones, se han preocupado exclusivamente del tratamiento de instituciones jurídico-sanitarias muy concretas y necesarias -destacadamente, la responsabilidad médica y el seguro de asistencia sanitaria- pero creemos que se encuentra pendiente el abordaje de una

³ Existen, no obstante, estudios pioneros como el de TOMILLO URBINA Jorge, "Nuevos derechos del paciente desde su condición jurídica como consumidor", *Derecho y salud*, Vol. 19, nº Extra 1, 2010, pp. 43-54. En los manuales de Derecho de Consumo del siglo XXI empieza a no resultar infrecuente la inclusión de un tema o capítulo específicamente dedicado a determinados aspectos de la prestación sanitaria. Así, a título de ejemplo, el tratado dirigido por DE LEÓN ARCE, Alicia, *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, dedica un capítulo específico a la responsabilidad del prestador de servicios médicos (pp. 1475-1558) a cargo de Luis GONZÁLEZ MORÁN. De otra parte, el manual de REYES LÓPEZ, María José, *Derecho del Consumo*, Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2002, incluye un capítulo específico dedicado al consentimiento informado (pp.295-304) a cargo de FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual. En todo caso, puede comprobarse cómo la inclusión de la perspectiva del paciente como consumidor en los estudios citados constituye una operación sectorial al contemplarse únicamente en relación con instituciones concretas como la información o la responsabilidad civil. Una perspectiva más homogénea la encontramos en el monumental tratado de BUSTO LAGO, José Manuel, ÁLVAREZ LATA, Natalia y PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Reclamaciones de Consumo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 3ª edición, 2010, que recoge un amplísimo apartado relativo a los servicios sanitarios (pp. 1038-1086), si bien incluido dentro de la sección dedicada a la prestación de servicios públicos, olvidando el tratamiento de tal clase de servicios por prestadores privados.

visión integral de la consideración del usuario de servicios sanitarios como consumidor desde la óptica ordenadora del Derecho de Consumo, efectuando para ello con las oportunas conexiones interinstitucionales.

2.- HIPÓTESIS Y OBJETIVOS

Como se ha dejado entrever, la investigación persigue como objetivo general mostrar un enfoque de la prestación sanitaria desde el prisma del Derecho de Consumo, superando visiones fragmentarias y reduccionistas. Esta visión no tiene una finalidad meramente académica carente de efectos prácticos. Por el contrario, se pretende demostrar cómo la perspectiva empleada contribuye a reforzar la posición jurídica del usuario de servicios sanitarios. En este sentido, se parte de una concepción netamente jurídica del concepto de consumidor que permita descartar interpretaciones formuladas desde otras disciplinas en las que la concepción del paciente como consumidor no resulta admitida por entender que constituye una nueva mercantilización de la prestación asistencial. Pretendemos por ello contribuir a superar un concepto puramente economicista de consumidor.

Tal y como venimos apuntando, el usuario de servicios sanitarios ha sido tradicionalmente contemplado desde una perspectiva autónoma y centrífuga. El presente trabajo nace con una vocación integradora y aspira de alguna forma a tratar de efectuar un ensayo dogmático, pero también práctico, sobre la condición del paciente como *consumidor especial*. En efecto, durante mucho tiempo el Derecho del Consumo ha dado la espalda al Derecho de la Salud: pareciera como si, de alguna forma, el usuario de los servicios de salud se hubiera visto despojado de su título jurídico de consumidor ante la pretendida autosuficiencia del Derecho de la Salud. Es ahí, en esa fina frontera de vagos contornos, donde el Derecho de la Salud

se ha alzado como una suerte de herramienta profiláctica de vocación exclusiva que reclama para sí la soberanía regulatoria del fenómeno asistencial. Esta operación no es infrecuente en otros ámbitos de actividad sectorial, perfectamente encuadrables en el ámbito del consumo pero que, por curiosas razones, se han desgajado del tronco general para constituirse en Derechos de Consumo especiales (usuario de servicios financieros, turista, o asegurado).

No plantearíamos mayores objeciones a esta tendencia centrífuga si no fuera porque en muchos casos las vías de escape de la disciplina tienen una inconfesada finalidad corporativa suponiendo una evidente y desproporcionada merma de la calidad tuitiva del usuario a favor de poderosos prestadores. La desregulación de determinados sectores o, si se prefiere, la tibia regulación de los mismos, no tiene otra finalidad en buena parte de los casos que descafeinar la intervención pública que permita reequilibrar relaciones consustancial y originariamente asimétricas a favor del prestador. Es por ello que aspiramos aquí a tratar de construir una explicación jurídica del fenómeno sanitario a partir de las categorías clásicas del Derecho de Consumo. En otras palabras, concebimos el Derecho de la Salud, como una rama especial del Derecho de Consumo, de modo que al usuario de servicios sanitarios habremos de aplicarle no sólo la normativa protectora en materia sanitaria, sino también la de consumo, añadiendo así un plus tuitivo nada despreciable.

En atención a lo expuesto, podemos apuntar que, si partimos de la premisa de la consideración jurídica del paciente como consumidor, el abanico de posibilidades protectoras que ofrece el decisivo principio de protección prioritaria resulta extraordinariamente atractivo. Así las cosas, permitirá postular la aplicación del principio *pro consumatore* a las relaciones jurídicas de carácter patrimonial entre empresario y consumidor, esto es, entre prestador del servicio sanitario y paciente. Es

por ello que, cuando exista una relación vertical de consumo -y la sanitaria lo es- resultará precisa la protección preferente de los derechos del paciente frente al prestador del servicio sanitario. En consecuencia, la exposición y el hilo conductor de la investigación resulta condicionado por las dos grandes premisas que constituyen la hipótesis a considerar: a) consideración del paciente como consumidor especial y b) la consideración integral del prestador de servicios sanitarios, con independencia de su titularidad pública o privada.

Así las cosas, entendemos que nuestro objeto de estudio (la prestación de servicios sanitarios) constituye un excelente ejemplo sobre el que proyectar las grandes categorías doctrinales, no ya del Derecho de Consumo (consumidor jurídico-consumidor material, noción abstracta-noción concreta, conceptos de consumidor y de empresario) sino del Derecho privado en general, particularmente, las relativas a la contratación privada. Es este, pues, un trabajo de Derecho de Consumo que procura servirse de categorías e instituciones forjadas por dicha disciplina para analizar la prestación de servicios sanitarios desde tal óptica. Prescindimos de este modo del análisis pormenorizado de instituciones jurídico-sectoriales clásicas, más propias de estudios de Derecho Sanitario, toda vez que el objetivo último de la investigación persigue enfrentarse a la problemática dogmática de la prestación de servicios de salud desde la óptica del Derecho de Consumo. No resulta posible por ello, ni se pretende tampoco, agotar la materia respecto de determinadas cuestiones jurídico-sanitarias incidentales sino tratar de demostrar la calificación de la prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo.

Junto a dicho objetivo general, desde una perspectiva más concreta, el estudio doctoral persigue tres objetivos específicos: a) aprehender la prestación de servicios sanitarios desde un punto de vista integral,

analizando su evolución histórica y su tratamiento en el Derecho comparado, definiendo tanto sus elementos subjetivos, sus títulos contractuales de acceso y el régimen de responsabilidad del prestador; b) explicar el modo de funcionamiento intrínseco y extrínseco de la prestación de servicios sanitarios, su amplio y complejo abanico de posibilidades de configuración jurídica y sus concomitancias con la relación de consumo general; y c) evaluar la regulación de la materia y su tratamiento doctrinal y jurisprudencial, proponiendo *de lege ferenda* líneas de reforma normativa o de sistematización alternativa que puedan redundar en la mejora y perfeccionamiento del grado de protección del usuario de servicios sanitarios.

3.- METODOLOGÍA

Como venimos señalando, metodológicamente el trabajo doctoral persigue un tratamiento jurídico integral de la prestación de servicios sanitarios desde la óptica institucional del Derecho de Consumo, disciplina que no solamente se ha manifestado como técnica de unificación del Derecho Privado, sino que también, nos atrevemos a decir, constituye un instrumento de superación de la a veces artificiosa distinción entre Derecho Público y Derecho Privado⁴. En efecto, no cabe duda de

⁴ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 1, 2015, p. 109 destaca la conveniencia de una intensa relación entre el Derecho privado y el Derecho público para obtener una efectiva protección de los consumidores, advirtiendo que esta interacción se constata de forma evidente en los principales modelos de Códigos de Consumo (Francia, Italia, Luxemburgo) y es una de las carencias más notorias que comienza a denunciarse respecto al acervo comunitario de consumo, con cita de ROTT, Peter, “Effective enforcement of consumer law: the comeback of public law and criminal law”, en DEVENNEY, James, KENNY, Mel (dirs.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 64-81; REICH, Norbert, “The Public/Private Divide in European Law”, en MICKLITZ,

que la protección de los consumidores ha aparecido en los últimos tiempos como una necesidad ante la evolución sufrida por el mercado en los países desarrollados. A ello se une la circunstancia de que los códigos liberales decimonónicos partían de una falsa igualdad formal entre las partes contratantes, lo que explica que el legislador haya construido un edificio normativo que procura reequilibrar la posición jurídica del más débil. Desde esta perspectiva, se ha observado que esa normativa produce una alteración sustancial del Derecho privado que ha llevado incluso a sostener la existencia de tres regímenes jurídico-privados distintos en atención a quiénes sean los sujetos intervinientes, provocando una suerte de *tripartición* del Derecho privado⁵.

Así las cosas, no cabe duda de que la irrupción de la figura del consumidor, procedente de la ciencia económica, origina cambios de calado en la configuración estructural, no ya del Derecho privado, sino del Derecho en general. Pero en todo caso, su emergencia no debiera suponer la creación de un *tertium genus* junto al Derecho civil y al mercantil, sino un instrumento para superar la tradicional configuración bipartita del Derecho privado y relativizar la tradicional separación entre Derecho privado y público. En realidad, como se ha señalado con acierto, lo que se

Hans-W., CAFAGGI, Fabrizio (dirs.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 56-89.

⁵ REICH, Norbert, TONNER, Klaus y WEGENER, Harmut (ed.), *Verbraucher und Recht*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1976, pp. 126 y ss, que proponen una siguiente clasificación tripartita del Derecho Privado: un Derecho de las empresas (*Unternehmensrecht*), que comprendería el tráfico jurídico interempresarial así como su posición jurídica respectiva en relación con la propiedad de los medios de producción; un Derecho del consumidor (*Verbraucherrecht*), relativo a las relaciones entre empresarios y consumidores finales; y un Derecho Civil (*Bürgerlichesrecht*), destinado a las relaciones entre particulares. Cfr. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, p. 64; también POLO, Eduardo, "La protección del consumidor en el Derecho Privado", en *Estudios jurídicos en homenaje a A. Polo*, Madrid, 1981, pp. 811-898, donde apela al carácter interdisciplinario de este Derecho.

está produciendo es el tránsito de un Derecho mercantil, entendido como Derecho de la empresa, a un "Derecho del mercado"⁶. En este sentido, el nuevo Derecho del mercado puede absorber a todos los operadores que interactúan en el mismo, prestadores públicos y privados y también consumidores, ampliando de modo considerable las fronteras del Derecho mercantil tradicional.

Por otra parte, desde una perspectiva instrumental, cabe señalar que también se ha empleado en la investigación la metodología tradicionalmente utilizada en el análisis de las cuestiones jurídicas. En efecto, resulta inexcusable la utilización del *método histórico*, particularmente procedente en este caso, si tenemos en cuenta que el estatuto jurídico del usuario de servicios sanitarios como consumidor especial es el resultado de un proceso histórico de transformación de la relación entre el paciente y el prestador del servicio. Por ello, se realizará un imprescindible análisis de la evolución histórica que la relación clínica ha experimentado desde sus orígenes hasta el momento actual.

Igualmente, haremos uso de la técnica del *comparatismo* para examinar el tratamiento de la prestación de servicios sanitarios en el resto de países de nuestro entorno. Habrá de tenerse en cuenta en este punto, tanto los ordenamientos de la órbita del *common law*, donde nace con fuerza el principio de autonomía que no tardará en defenderse a través de los movimientos de consumidores, como los del ámbito de tradición jurídica continental, haciendo especial mención a la regulación contenida en el ámbito del Derecho comunitario. En este sentido, conviene poner de

⁶ Sobre el concepto de "Derecho del mercado" cfr., por todos, MENÉNDEZ, Aurelio, "El Derecho Mercantil del siglo XXI", *La Ley*, nº 4, 1990, pp. 1197-1203, y "El Derecho Mercantil como categoría dogmática", *Advocatus*, nº 25, 2011, pp. 135-140. PUENTE MUÑOZ, Teresa, "Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho Mercantil", en AA.VV., *Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971, t. III; pp. 75-86.

manifiesto que nuestro objeto de estudio ha experimentado importantísimas modificaciones en los últimos tres años como consecuencia de la aprobación de la normativa de transposición de la Directiva 2011/83, que ha modificado aspectos nucleares de la disciplina como los conceptos de consumidor, de empresario o de contrato de consumo. A dicho proceso no ha sido ajeno nuestro país, que ha visto en la Ley 3/2014, la reforma probablemente de más calado desde la aprobación del TRLGDCU. En este punto debemos dejar constancia de que en el corto período de tres años (2013-2015) se han aprobado normas de enjundia que afectan de manera indudable a nuestro objeto de estudio, como más tarde podrá comprobarse.

Además del obvio empleo de las normas jurídico-positivas, hemos procurado sondear las fuentes bibliográficas anglosajonas, especialmente estadounidenses, en la parte relativa a la construcción del concepto de *patient-consumer*, así como la doctrina tradicional continental relación con los orígenes de los aspectos contractuales de los contratos de servicios médicos. En relación con la doctrina jurisprudencial, debemos subrayar que resulta inevitable su invocación y pormenorizada exposición pues, más allá de las prescripciones jurídico-positivas, lo cierto es que la arquitectura de la responsabilidad médico-sanitaria en nuestro país resulta claramente de diseño jurisprudencial. Este proceso de construcción de un sistema de responsabilidad ha resultado a veces vacilante y contradictorio por lo que resulta imprescindible, para conocer el exacto alcance del régimen del resarcimiento en el ámbito sanitario, el estudio, al modo del *case-law method*, de la evolución de las resoluciones judiciales en esta materia.

Finalmente, desde el punto de vista metodológico, se ha tenido especial preocupación por manejar las soluciones ofrecidas por la academia en dos textos prelegislativos, de indudable valor científico,

especialmente a la hora de trazar futuras líneas regulatorias. Como fácilmente podrá sospecharse, nos referimos al *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR) de 2009 -hoy de examen obligado en cualquier estudio de instituciones de Derecho privado patrimonial-, y al Anteproyecto de Código Mercantil de 2014. Este último, heredero, ciertamente que con notables podas, de la Propuesta elaborada por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, ha revitalizado un rico debate académico y ha fomentado la proliferación de diferentes estudios en el año 2015 sobre la calificación, civil o mercantil, de los contratos de consumo, polémica que un estudio de esta naturaleza no podía orillar. En cualquier caso, no cabe duda a estas alturas que los trabajos de la Comisión han constituido un poderoso acicate para repensar el futuro de la protección jurídica del consumidor, marco en el que se inscribe esta investigación. El Anteproyecto ha demostrado el eficaz dinamismo de la Sección de Derecho mercantil, provocando una discusión académica de altura que puede constituir un importante revulsivo en las mansas aguas acríticas por las que últimamente transcurrían las reformas legislativas -nacionales y europeas- en materia de defensa del consumidor.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

1.- LA MEDICINA EN LA ANTIGÜEDAD: DE LA MAGIA Y RELIGIÓN COMO TÉCNICAS DE SANACIÓN A LA MEDICINA TÉCNICA INSPIRADA EN LA PHILÍA

1.1.- El chamán como sanador

Al igual que el Derecho, la enfermedad es una categoría histórica. Por ello, para realizar un análisis del origen histórico de la relación jurídica entre médico y paciente, debemos indudablemente partir de la remota concepción mágico-religiosa de la medicina en las civilizaciones antiguas hasta llegar a la relación jurídicamente autónoma pero aun socialmente vertical de nuestros días. En este sentido, debemos tener en cuenta que el concepto de salud se ha encontrado desde siempre íntimamente ligado a la realidad social, política y cultural de cada época histórica.

Así las cosas, nos interesa ahora subrayar que la preocupación por la enfermedad y su curación se remonta a los orígenes mismos del ser humano. De este modo, han existido históricamente diferentes ideas sobre tales conceptos. En un primer momento, la ciencia médica estuvo ligada a la magia y al mundo espiritual, de manera que el hombre encontró en la mitología una forma de concebir el origen divino de la enfermedad. Desde esta perspectiva, no resulta extraño que se implorase a los dioses para que éstos le librasen de ella. Es por ello que los hechiceros paleolíticos, a los que sucedieron muchos años después los chamanes y sacerdotes, fueron los primeros representantes de la profesión

médica⁷. En este sentido, no dejan de resultar paradójicos los orígenes comunes de Derecho y Medicina: la condición de primer sanador y también la de primer juez, entendido como hacedor de justicia, recayeron sobre la misma figura: el hechicero o chamán de la tribu, lo que pone de relieve el origen mágico de ambas disciplinas, circunstancia que no conviene perder de vista⁸. Aún hoy en día, como remota herencia de este

⁷ Cfr. FREDOTOVICH, Norberto, "Cultos, dioses, héroes y símbolos en la medicina". *Revista Argentina de Urología*, Vol 71, nº 3, 2006. p. 144. En este sentido, BULLOUGH, Vern L. *The Development of Medicine as a Profession: The Contribution of the Medieval University to Modern Medicine*, S. Karger AG, Basel, 1966, pp.6-31, describe cómo en una sociedad sin especializar, el chamán era el único especialista. Como señalan LÁZARO, José y GRACIA, Diego, "La relación médico-enfermo a través de la historia", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol.29, supl.3, 2006, p.10, este es el origen remoto de la profesión médica: un personaje privilegiado, respetado, poderoso e impune ante la ley común, ya que él mismo era, en el fondo, la Ley. Es el tipo de figura que se puede denominar (por el rol social que le corresponde) médico-sacerdote. Existe, con variaciones locales y temporales, desde que existen sociedades humanas. Así, destacan que "en la cultura israelí es a veces difícil distinguir la función sacerdotal y la médica. Múltiples textos bíblicos muestran que la religión, la moral y la medicina se entrelazaban hasta confundirse: un diagnóstico de lepra era a la vez la constatación de una impureza; la curación se identificaba con el perdón del pecado y las normas morales se superponían con las prescripciones médicas".

⁸ Así lo afirma CARDOZO, Benjamin, "What medicine can do for law". *Bulletin of the New York Academy of Medicine*, nº 7, 1929, pp. 581-607, que recoge su célebre discurso en la Academia de Medicina de Nueva York [también puede encontrarse en CARDOZO, Benjamin, "What can medicine do for law?", en *Law & Literature*, Fred B. Rothman & Co. Littleton, Colorado, 1986, pp. 70-120]. Sobre el discurso y sus fundamentos cfr. TOMILLO URBINA, Jorge, "Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos", *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 8, nº 1 pp. 171 y 172 y PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 15. CARDOZO, que fue *justice* de la *Supreme Court* de los Estados Unidos y ponente de la más conocida sentencia de la historia del Derecho de la Salud, a la que más tarde haremos referencia, defendió en su célebre discurso ante la Academia de Medicina de Nueva York, que el primer médico fue a la vez sacerdote, como lo era también el juez y el gobernante que recibía los mandatos divinos, de manera que las profesiones de la medicina y el derecho estuvieron unidas en su origen. En un principio en el que, según señala, flotó sobre además sobre ellas el nimbo de una tutela sobrenatural ("Our professions –yours and mine, medicine and law-have divided with the

origen mítico, las profesiones jurídicas y sanitarias emplean elementos de identificación cromática en su indumentaria, bien es cierto que con colores contrapuestos, blanco en el caso de la Medicina y negro, sin embargo, en el del Derecho. En todo caso, ambas artes vienen a representar, como ramas del conocimiento, herramientas para alcanzar dos de los más nobles valores a los que aspira el ser humano: Salud y Justicia⁹.

En efecto, en esta temprana medicina primitiva, el tratamiento y diagnóstico de la enfermedad se llevaba a cabo a través de elementos mágico-religiosos. La enfermedad se concebía como un fenómeno sobrenatural y de alguna forma se intuía que sólo podía ser provocada por encantamientos o por la acción de los dioses. De esta forma, es lógico pensar que, en aquellos tiempos, los mecanismos utilizados para combatir la enfermedad no tenían valor curativo en sí mismos, sino que únicamente descansaban en rituales o ceremonias que permitían, o creían permitir, conectarse con fuerzas sobrenaturales con el propósito de obtener la deseada curación.

years, yet they were not far apart at the beginning. There hovered over each the nimbus of a tutelage that was supernatural, if not divine. To this day each retains for the other a trace of the thaumaturgic quality distinctive of its origin. The physician is still the wonder-worker, the soothsayer, to whose reading of the entrails we resort when hard beset. We may scoff at him in health but we send for him in pain. The judge, if you fall into his clutches, is still the Themis of the Greeks, announcing mystic dooms. You may not understand his words, but its effect you can be made to feel. Each of us is thus a man of mystery to the other, a power to be propitiated in proportion to the element within is that is mystic or unknown"- CARDOZO, Benjamin, "What can medicine do for law"...ob.cit. p.581).

⁹ No eran las únicas coincidencias: entre ambas profesiones CARDOZO también se refería a que juristas y médicos pertenecen al mismo estrato social, lo que debería –según él- facilitar su camaradería (*vid. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado...*, ob.cit. p.17).

1.2.- El Código de Hammurabi como texto jurídico-médico de la civilización mesopotámica: responsabilidad y proporcionalidad

En los albores de las civilizaciones antiguas, debemos comenzar nuestra exposición con la apelación a la civilización mesopotámica en la que el concepto de enfermedad fue puramente religioso. En este sentido, los sanadores sacerdotales realizaban el diagnóstico, bien a través del interrogatorio ritual -a efectos de buscar una impureza moral como causa- o bien mediante la adivinación, utilizando la astrología¹⁰. En las raíces de la pervivencia de esta civilización, resulta de obligada referencia el *Código de Hammurabi* que contiene la primera gran recopilación de leyes escritas de la historia de la humanidad¹¹.

El objetivo compilador de Hammurabi consistió en homogeneizar y unificar jurídicamente su reinado, instalando en todos los lugares del imperio babilónico una cultura común. A diferencia del proceso recopilador y codificador que se desarrollará en los sucesivos periodos históricos, el Código de Hammurabi se limita a aglutinar el Derecho jurisprudencial y las decisiones de justicia del Rey, bajo un prisma carente de toda sistemática, circunscribiendo su actuación a enumerar

¹⁰ En las culturas mesopotámicas, prevalecía la idea de que las enfermedades eran el castigo que los dioses imponían a los hombres que transgredían sus normas, aunque también algunas enfermedades podían ser causadas por maleficio de alguna persona o por el capricho de demonios errantes (VEGA-FRANCO, Leopoldo, "Ideas, creencias y percepciones acerca de la salud. Reseña histórica", Salud Pública de México, vol.44, nº 3, mayo-junio, 2002, p.260)

¹¹ Hammurabi fue el sexto rey de la I dinastía de Babilonia, región que se convirtió durante su reinado en la potencia dominante y unificadora de Mesopotamia. En torno al año 1752 a.C, cerca del final de su vida, proclamó un edicto o código, en el que se regulaban tarifas y precios y se fijaban unas normas de derecho penal y matrimonial, a través de una colección de 282 sentencias o decretos que retratan a la sociedad babilónica de la época (Cfr. SAMPEDRO, Antonio, y BARBÓN, Juan Jesús, "Los ojos en el Código de Hammurabi", *Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología*, 2009, vol. 84, p. 221).

diferentes supuestos de hecho a los que se les vincula una consecuencia jurídica. De esta manera, es frecuente señalar el Código de Hammurabi como el primer ejemplo de texto jurídico¹². El cuerpo legislativo - que resultó un avance importante al plasmar por escrito un conjunto de criterios que los jueces sólo tenían que aplicar-, carece de sistematización alguna y tampoco distingue entre las diversas ramas del Derecho. Comprende cuestiones relativas tanto al Derecho civil – como la regulación de las relaciones comerciales y patrimoniales, los alquileres, las herencias o los préstamos - como al Derecho penal, estableciendo diferentes penas para delitos de robo o asesinato¹³. No obstante, las leyes recopiladas sentaron un criterio de proporcionalidad jurídica entre daño y castigo, teniendo en cuenta la intencionalidad y la clase social a la que pertenecía tanto víctima como agresor, por lo que no tenía la misma relevancia jurídica agredir a un hombre libre que a un siervo o a un esclavo¹⁴.

Por lo que se refiere a las relaciones entre el médico y el paciente, el Código de Hammurabi, al no hacer distinción entre las distintas ramas del Derecho entonces vigente, incluye indistintamente cuestiones relativas tanto a la responsabilidad profesional como a los honorarios

¹² MELGOSA ROCASPANA, Eva María, “El Código de Hammurabi”, *Lo Canyeret. Revista Colegio de Abogados de Lleida*, nº 58, 2008, p.15, hace referencia a la importancia que en las culturas de Oriente Próximo se daba al Derecho, donde eran los dioses quienes dictaban las leyes a los hombres -por lo que las éstas eran sagradas- y la administración de justicia recaía en los sacerdotes. Hammurabi centralizó la administración de la justicia en los funcionarios reales, mermando con ello el poder que hasta entonces tenían los sacerdotes y fortaleciendo así su propio poder como rey.

¹³ Cfr. GÓMEZ-PANTOJA, Joaquín L., “El Código de Hammurabi” disponible en: http://www.abogacia.es/?get_group_doc=1/1408698489-Hammurabi.pdf (último acceso 23 de mayo de 2015).

¹⁴ SAMPEDRO, Antonio y BARBÓN, Juan Jesús, “Los ojos en el Código de Hammurabi”..., op.cit. p. 221.

médicos¹⁵. En cuanto a estos últimos, fija una remuneración diferente en función de la persona sobre la que recaiga la práctica asistencial, resultando así más costosa la asistencia sanitaria para salvar la vida a un hombre libre que a un individuo común o a un esclavo¹⁶. Existe por tanto, una diferente valoración de la prestación del servicio médico, dependiendo del sujeto atendido. En todo caso, las intervenciones también pueden ser de menor rango cuando no se produce la salvación de la vida del hombre, sino simplemente se facilita su curación, en cuyo caso su coste también será menor¹⁷.

El Código constituye un texto aparentemente justo para la época histórica en la que se aplica pues en muchos casos se remite a la Ley del Talión¹⁸, lo cual supuso un indudable progreso jurídico al introducir así el principio de proporcionalidad de la reacción jurídica. No obstante, en

¹⁵ De los 282 preceptos que contiene este cuerpo legal, entre nueve y trece artículos están dedicados a regular diferentes aspectos de la profesión médica. Junto a los artículos que se ocupan de regular la relación médico-paciente, la actividad de los veterinarios y los honorarios, presentan un especial interés aquellos en que se contemplan las “penas” a que podían verse sometidos los médicos en determinados casos (Cfr. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios*, Fundación Rafael del Pino- Marcial Pons, Madrid, p.37).

¹⁶ Parágrafos 215 [“Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le salva la vida al hombre, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y le salva un ojo al hombre, percibirá 10 siclos de plata”]; 216 [“Si es el hijo de un individuo común, percibirá 5 siclos de plata”] y 217 [“Si es esclavo de un hombre, percibirá 2 siclos de plata”].

¹⁷ Parágrafos 221 [“Si un médico compone un hueso roto a un hombre o le cura un tendón enfermo, el paciente pagará al médico 5 siclos de plata”] y 222 [“Si es el hijo de un individuo común, pagará 3 siclos de plata”]; 223§- [“Si es el esclavo de un hombre, el dueño del esclavo pagará al médico 2 siclos de plata”].

¹⁸ Parágrafos 196 [“Si un hombre deja tuerto a otro, lo dejarán tuerto”] y 197 [“Si le rompe un hueso a otro, que le rompan un hueso”].

cuanto a la responsabilidad médica propiamente dicha¹⁹, viene a establecer lo que podemos entender como penas patrimoniales. En este sentido, resultan ilustrativos sus parágrafos 219 y 220:

§219- “Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, *restituirá esclavo por esclavo*”.

§220- “Si le abre la sien con bisturí de bronce y lo deja tuerto, *pagará en plata la mitad de su valor*”²⁰.

Cabe añadir que la responsabilidad profesional del facultativo no se agotará con el pago de un apercibimiento económico, sino que el Código también prevé penas corporales para el médico, centradas concretamente en amputaciones corporales. Así, resulta ilustrativo el parágrafo 218:

§ 218-“Si un médico hace incisión profunda en un hombre con bisturí de bronce y le provoca la muerte, o si le abre la sien a un hombre con bisturí de bronce y deja tuerto al hombre, que le corten la mano”.

Más allá de las penas impuestas, debemos anotar que la regulación de la responsabilidad médica no resulta una cuestión novedosa, pues a lo largo de la historia los profesionales sanitarios, con mayor o menor intensidad según las concepciones dominantes en cada tiempo, han

¹⁹ Según RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias...*, ob. cit. p.36, los primeros avances de la medicina, identificando el síntoma en sí mismo y no como manifestación de una impureza moral, es decir, abandonando la interpretación de la enfermedad desde el punto de vista religioso, determinan una progresiva, aunque lentísima, desacralización del médico, y paralelamente la exigencia de responsabilidad personal por los errores fatales sobre el paciente.

²⁰ En ambos casos, la cursiva es nuestra.

tenido que responder por los errores en las prácticas médicas desempeñadas en su quehacer habitual, bien ante el jefe de la tribu, ante el propio pueblo o, ulteriormente, ante el juez. En este sentido, los preceptos que hemos señalado ponen de manifiesto que la responsabilidad médica resultó disciplinada en el Código de Hammurabi, tipificando faltas y castigos de los médicos, de modo que se establecieron sanciones económicas ante los errores leves y sanciones corporales ante las negligencias más graves²¹, que en aquella época variarían según la condición del individuo. Por tanto, realmente, en materia de responsabilidad médica, se distinguían dos tipos de regulación: la que afectaba a los daños provocados a una persona libre, que se identificaba con la responsabilidad penal del médico (amputación de ambas manos), y la relativa a los daños provocados a un esclavo, que se identificaba con la responsabilidad civil del facultativo (pago de la mitad del esclavo o restitución por otro)²². No deja, pues, de resultar curioso que la primera diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad penal en el ámbito asistencial no respondiera tanto a la gravedad de la conducta dañosa como a la condición subjetiva del perjudicado.

1.3.- El avance hacia la medicina empírica en el antiguo Egipto

Superado el período de la civilización mesopotámica, otra civilización de la Antigüedad particularmente floreciente fue la egipcia. En este sentido, debemos reseñar la evolución experimentada por la medicina egipcia que también destacó por sus aportaciones al ámbito

²¹ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y DEL BARRIO FERNÁNDEZ, José Luis, “La responsabilidad médica como nuevo fenómeno: análisis de las causas y conceptos” en DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir.), *La medicina ante el derecho: problemas de lenguaje y riesgo profesional*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 10.

²² PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés, “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”, *Revista Acta Bioethica*, Vol 20 (2), 2014, p.209.

médico. De hecho, como sucede en otras artes y disciplinas científicas, la medicina occidental hunde sus raíces en el antiguo Egipto. Los egipcios, partiendo de la estrecha relación entre medicina y magia, se protegían de los males – enfermedades, hechizos o mala suerte – a través de amuletos empleados a modo de adornos. No obstante, mediante sus famosas técnicas de embalsamamiento, tuvieron la oportunidad de examinar minuciosamente el cuerpo y las vísceras humanas, a pesar de que no llegaron a desarrollar amplios conocimientos anatómicos. Por eso, aunque medicina y magia seguían estando muy relacionadas, el espíritu de observación de estos antiguos profesionales permitió la acumulación de interesantes experiencias que desembocarían posteriormente en la medicina empírica. Así, aprendieron las propiedades curativas de muchas drogas, del reposo, de los cuidados que aceleran la recuperación del enfermo o de la importancia de la higiene para prevenir dolencias²³. No es de extrañar que la mayor parte de los conocimientos que se tienen de la medicina egipcia – como el reconocimiento del corazón y no del hígado como órgano vital - se hayan obtenido de papiros, siendo de especial relevancia dos de ellos: el Papiro de Ebers y el Papiro de Smith, llamados así en honor a sus descubridores²⁴.

²³ CALVO SORIANO, Guillermo, “La medicina en el antiguo Egipto”, *Paediatrica* Volumen 5, nº1, 2003. p 47-48.

²⁴ No son los únicos papiros con connotaciones médicas del antiguo Egipto. Así, la doctrina ha citado también otros: a) *el Papiro Hearst*, del año 1550 a.C., que fue adquirido durante una expedición por Hearst en 1901 y se refiere a las enfermedades genitourinarias en las mujeres, siendo la mayoría de su contenido similar al del papiro de Ebers; b) *el Papiro de Greater Berlín*, también conocido como Papiro Brugs, que versa sobre problemas médicos, incluyendo las enfermedades mamarias y remedios para la infertilidad; c) *el Papiro Lesser Berlín*, de los años 1300-1600 a.C., que contiene conjuros para madres y niños enfermos, siendo su contenido principalmente de naturaleza mística o mágica; y d) *el Papiro Chester Beatty*, que trata sobre todo de las enfermedades del ano y data de la dinastía XIX 1316-1200 años a.C. (cfr. ALVAREZ VAZQUEZ, Jorge, *Revista de Humanidades Médicas*, Ciudad de Camaguey, v. 8, n. 1, abr. 2008, pp. 1-2).

El *Papiro de Ebers*²⁵ pone de relieve la concepción mística de la medicina en la civilización egipcia. En efecto, el texto contiene una farmacopea, tratando sobre la enfermedad -dolor de cabeza, fiebre e inflamaciones- con un carácter enigmático. Así, por ejemplo, parece que la lesión por trauma era un hecho obvio, pero no así un dolor de cabeza, derivando una vez más, hacia la magia aquello que era desconocido o poco conocido²⁶.

Pese a que fueron copiados en el mismo lugar y con no más de cien años de diferencia, un abismo separa el espíritu místico del *Papiro de Ebers* del enfoque racional del *Papiro de Smith*. Este último consiste en un manual sobre el tratamiento de las heridas y contusiones, además de la separación entre los casos tratables e intratables, lo que habla de la incipiente racionalidad de la cirugía egipcia, dado que para el concepto mágico no existen enfermedades incurables y ni limitaciones²⁷. La

²⁵ Se denomina así por el egiptólogo alemán George Ebers, quien lo compró en 1873 en Luxor y fue trasladado a Alemania. El texto data de alrededor de 1550 años a.C y es al parecer una copia de un papiro más viejo.

²⁶ FREDOTOVICH, Norberto, "Cultos, dioses, héroes y símbolos en la medicina"..., op.cit., p. 147.

²⁷ El papiro consta de 21 columnas, 17 de las cuales se corresponden al tratado quirúrgico propiamente tal. Se trata de 48 casos ordenados topográficamente según la ubicación de la lesión en sentido céfalo-caudal. En cada grupo las lesiones están ordenadas según la severidad de la lesión en orden creciente. Cada lesión está estructurada comenzando con un título, luego un examen, un diagnóstico, un tratamiento y finalmente un comentario y glosas. El *Título* identifica la ubicación y órganos afectados por la lesión; el *Examen* corresponde enteramente a semiología, es decir, inspección, palpación, auscultación y en algunos casos tomar el olor de la lesión, además de lo relatado por el paciente. Sigue el *Diagnóstico* que, repitiendo el enunciado del título de la lesión, decide si esa lesión será tratada, no tratada o se luchará por ella. Luego, el *Tratamiento* da una solución objetiva y no mágica a la lesión, lo que diferencia a este papiro de muchos otros que resuelven los casos con hechicerías y conjuros. Finalmente, están las *Glosas y Comentarios*, que son principalmente la explicación de terminología que en el papiro se llama "antigua", lo que respalda la teoría de que el papiro original data de una fecha mucho más anterior. (VARGAS, Alex; LÓPEZ Marcelo; LILLO Claudio; y VARGAS María Josefina "El papiro de Edwin Smith y su trascendencia médica

importancia del Papiro de Smith radica, por una parte, en su extraordinario valor para ilustrar la práctica médica en el antiguo Egipto, si bien su característica más relevante es que constituye el primer documento de carácter médico en la historia que refleja un estudio basado en la observación objetiva, en el que se excluyen todas las percepciones mágico-religiosas, así como el marco cultural propio. En este sentido, este papiro supone un comienzo hacia una transición del pensamiento médico hacia la medicina grecorromana. De hecho, la teoría que sostiene que los conocimientos de la medicina egipcia fueron traspasados a Grecia y pudieron ser importantes para el desarrollo de la posterior medicina hipocrática, se robustece si tenemos en cuenta las referencias a la práctica clínica del antiguo Egipto tanto en *La Odisea* de Homero (s. VIII a.C.), así como en la historia de Herodoto (484-425 a.C.) que incluso describe las distintas especialidades que existían. En este sentido, la semejanza que existe entre el actual método clínico y las descripciones recogidas en el Papiro de Smith invitan a los especialistas a pensar en que el origen de la medicina, o al menos un esbozo de la misma, pudo haberse encontrado en la antigua civilización egipcia²⁸.

y odontológica”, *Revista Médica Chilena*, nº 140, 2012, p.1359). Sobre el Papiro de Smith y su trascendencia, puede consultarse en la literatura en lengua española, LÓPEZ ESPINOSA, José Antonio. “Una rareza bibliográfica universal: el Papiro médico de Edwin Smith”, *Acimed*, 2002, vol. 10, nº 3, pp. 9-10 y GONZÁLEZ FISHER, Ricardo F. y FLORES SHAW, Patricia L., “El papiro quirúrgico de Edwin Smith. *Anales Medicos*, vol. 50, 2005, pp. 43-48. Su importancia también recogida en PORTER. Roy, *The Greatest Benefit to Mankind: a medical history of humanity*. Editorial Norton & Company; New York, 1998; y STIEFEL, Marc; SHANER, Arlene; SCHAEFER, Steven D., “The Edwin Smith Papyrus: the birth of analytical thinking in medicine and otolaryngology”, *The Laryngoscope*, 2006, vol. 116, nº 2, pp. 182-188.

²⁸ NUNN, John F., *La Medicina del Antiguo Egipto*, Editorial Fondo de Cultura Económico; México. P. 288; VARGAS, Alex; LÓPEZ Marcelo; LILLO Claudio; y VARGAS María Josefina “El papiro de Edwin Smith y su trascendencia médica y odontológica”...ob.cit., p. 1362.

En este punto resulta de particular interés la referencia al “*Libro Sagrado*” del Antiguo Egipto, a través del cual se regulaba la actuación médica. En efecto, se trataba de una suerte de código elaborado por los sacerdotes de la época que, además de establecer una serie de disposiciones que regían la actividad del galeno, proporcionaba declaraciones comprensivas de los síntomas de algunas enfermedades. La inobservancia de estas normas reguladoras de la actividad médica podía conducir a la imposición de graves penas al médico, entre las que se incluía la pena de muerte. En todo caso, lo que realmente se castigaba era, más que el daño provocado, la inobservancia del precepto²⁹. Sin embargo, también se incluían normas que debía seguir el paciente y cuya desobediencia exoneraba al médico de su eventual responsabilidad, trasladándola a aquél, lo que implicaba uno de los primeros intentos históricos de equilibrio en la relación médico-paciente³⁰.

²⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Trivium, Madrid, 1988. p. 10.

³⁰ DE LA QUINTANA FÉRGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico*. Estades Artes Graf, Madrid, 1949, p.29. Los médicos que seguían rigurosamente las reglas del arte consignadas en el Libro Sagrado, siempre estaban amparados por la ley, independientemente del resultado de su actuación médica. Por tanto, bastaba con cumplir las normas para exonerar al médico de responsabilidad. En cambio, si se apartaban de ellas, recibían el correspondiente castigo al margen del resultado obtenido, pues lo que realmente se castigaba era la omisión o inobservancia de la norma, no el propio resultado. Los médicos egipcios pertenecían a los grandes colegios sacerdotales y disfrutaban de las prerrogativas de las que disponía la casta sacerdotal, siendo los templos los lugares elegidos frecuentemente para el desarrollo de la práctica médica (Cfr. BLÁS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2003, p.28; HERRERA CAMPOS, Ramón, “Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.) *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, p.489).

1.4.- La medicina técnica en la Grecia hipocrática: la *philia* como fundamento de la relación médico-paciente

Un nuevo paso en este proceso evolutivo se produjo en la antigua Grecia, en la que la relación entre sanador y enfermo se concibió como una relación de amistad entre ambos (*philia*), donde se mezclan tanto el amor al hombre como el amor al arte, concepción que, a partir de este momento, perdurará en el tiempo³¹. Se trata de una importante diferencia con épocas anteriores en las que la concepción de la enfermedad como fenómeno sobrenatural provocaba que no pudiese existir esta relación de amistad entre sanador y enfermo dado pues el aquél no poseía los poderes que administraba. En palabras de LAÍN ENTRALGO “el enfermo cree que el hechicero posee por modo incierto la virtud de manejar algo ajeno a él, ilimitado e incalculable. Decirle a un amigo, creo en ti, supone, en cambio, no creerle capaz de todo, admitir su límite, esperar de él lo esperable: sólo no creyéndole capaz de todo puede creerse en el amigo. Por eso el hechicero no suscita amistad entre sus creyentes y adeptos, sino un sentimiento en el cual se combinan ambivalentemente la veneración y aversión”³². En consecuencia, parece lógico pensar que en la medicina mágico-religiosa el sanador no tenía responsabilidad en el éxito o no del diagnóstico y tratamiento médico, ya que el poder era ajeno a él, siendo simplemente un intermediario entre el enfermo y los poderes superiores.

³¹ “El enfermo es amigo del médico a causa de su enfermedad”, dice Platón en el *Lists* (217 a). “Donde hay *philanthropie* (amor al hombre en cuanto hombre), hay también *philotekhniê* (amor al arte de curar)”, proclama una famosa sentencia helenística ya, de los *Praecepta* hipocráticos (L. IX, 258) [LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico- enfermo. Historia y teoría*. Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 39]

³² LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*. Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 36.

Del mismo modo, es importante tener presente que la civilización griega otorgaba preeminencia al contexto real, posición y fondo de las distintas cuestiones de la vida (y de la muerte), más que al rigor de la jurisprudencia. Ello era una consecuencia directa del carácter de los griegos, recelosos de la especialización; no así del sentido colectivo. En este sentido, a diferencia de la medicina mágica y la medicina empírica de períodos anteriores, de la mano de los griegos coloniales surgirá la *medicina técnica* durante los siglos VI y V a.C., inaugurando el periodo hipocrático de la medicina griega. Sin embargo, antes de llegar a este momento, la medicina helénica se asentó sobre el empirismo y la teúrgia, adquiriendo conocimiento por medio de la experiencia así como por la invocación de poderes ultra terrenales³³. En este sentido, la medicina hipocrática se caracterizará, con carácter general, por desligarse de las prácticas mágicas anteriores. Por todo ello, el periodo hipocrático marcará un antes y un después dentro de la medicina griega³⁴.

³³ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico-enfermo...*, op.cit., p. 29.

³⁴ LAÍN ENTRALGO destaca cuatro ideas-fuerza de la medicina hipocrática: 1ª) *Idea de la physis*. Las propiedades o virtudes de las cosas dependen de un principio de operaciones que está en las cosas mismas, su *physis* o “naturaleza”; 2ª) *Idea de la cognoscibilidad de la physis*. Siendo soberana y divina, la *physis* es en alguna medida razonable. La ciencia «fisiológica» del hombre basada sobre la observación, la experimentación y el raciocinio, no puede agotar, claro está, la realidad inagotable de la divina *physis*, pero en alguna medida permite conocer la constitución y las regularidades de ésta; 3ª) *Idea de la têkhnê*. Puesto que la *physis* es en alguna medida cognoscible, en alguna medida serán susceptibles de ayuda y gobierno sus movimientos y operaciones. Esta aprendida capacidad del hombre para ayudar a la naturaleza en la ejecución de sus movimientos, y en determinados casos para perfeccionarla y suplirla, recibió de los griegos el nombre de *têkhnê*, y de los latinos el de *ars*. La acción “técnica” o *secundum artem* requiere, pues, un conocimiento previo y ya científico de la naturaleza de aquellas realidades sobre que ha de operar: cuerpos enfermos y remedios terapéuticos, en el caso de la *têkhnê iatrikê* (*ars mdica*, para los romanos); y 4ª) *Idea de un doble modo en la «necesidad» de la naturaleza*. Para que la naturaleza sea humanamente razonable -para que el *lógos* de la *physis* pueda ser objeto de una *physio-logía*-, sus movimientos han de producirse sometidos

En este contexto, con la obra y práctica de Hipócrates en el siglo V a.C., la influencia de la magia en la medicina se desvanece de modo que, al liberar la medicina de la superstición, se transforma en un arte empírico, comenzando la era realmente clínica. Por ello, la medicina griega se divide tradicionalmente en dos periodos: la era prehipocrática y la era hipocrática. En vez de admoniciones acerca de ritos mágicos, se insistía en la necesidad de mantener una conducta profesional de alto contenido ético, dependiente de la observación acuciosa de los síntomas y de los llamados signos físicos de las enfermedades. Los médicos son estimulados a describir causas físicas para las enfermedades y a considerar éstas como fenómenos con explicación natural y no sobrenatural³⁵. Hipócrates, del que poco se sabe a ciencia cierta, subrayó la importancia de la observación de signos externos y síntomas, perfilando un método propio en el ejercicio de la medicina, basado en el diagnóstico (exploración del enfermo) y el pronóstico (consideración de la enfermedad). También dio especial importancia a las fracturas, siendo especialmente hábil en el manejo de férulas para su inmovilización y en la técnica de trepanación del cráneo que, en aquel momento, era condenada por la opinión pública³⁶.

Debe destacarse en todo caso como texto fundamental el “*Corpus Hippocraticum*”, cuerpo que contiene diferentes tratados médicos escritos en el siglo V a.C., clásicamente atribuido a Hipócrates pero también integrado por obras de otros autores. El núcleo original del Corpus lo constituye la recopilación efectuada en la biblioteca de la escuela médica de la isla de Cos que posteriormente se trasladaría a la Biblioteca de

a cierta necesidad. Este modo de la necesidad fue llamado por los griegos *tykhê*, “azar” o “fortuna” (*Ibidem*, pp. 37-38).

³⁵ KARCHMER, Samuel, “Código y juramentos en la medicina”, *Acta Médica Grupo Ángeles*, Vol 10, nº 4, 2012, p. 228.

³⁶ GARCÍA BARRENO, Pedro, “*El legado de Hipócrates. Los grandes temas de la medicina*”, Espasa, 2008, p. 19.

Alejandro, donde se agregaron más obras de diversos autores, con opiniones diferentes, pero todos ellos basados en el pensamiento hipocrático. En este sentido, Hipócrates separará la filosofía de la medicina, reemplazando las prácticas tortuosas de los magos así como las interpelaciones teológicas de los sacerdotes por el juicio sereno derivado del análisis directo. El concepto de enfermedad hipocrática era un proceso natural, debido a causas también naturales como el medioambiente, el clima o la dieta. Los médicos hipocráticos desarrollaban una conducta profesional de alto contenido ético que empieza a dejar a un lado la influencia de la magia para pasar a la medicina clínica³⁷.

De esta forma, el médico filósofo hipocrático supone una superación del antiguo médico-sacerdote³⁸. No obstante lo anterior, no es

³⁷ KARCHMER, Samuel, "Código y juramentos en la medicina"... ob.cit. p. 28.

³⁸ En todo caso, esta separación de medicina, religión y magia no debe entenderse como ausencia absoluta de religiosidad, si bien será concebida de manera diferente pues ya no resultará el criterio empleado para el tratamiento de la enfermedad. Así LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico-enfermo...*, op.cit., p. 96, señala que "la interpretación positivista de la cultura griega se ha complacido presentando la medicina hipocrática como una suerte de 'secularización' científica de la medicina religiosa anterior a Hipócrates. No puedo compartir este juicio. La hazaña de los fundadores de la *tékhnē iatriké* tuvo como último fundamento, es cierto, un cambio en la actitud religiosa del hombre griego; pero este cambio [...] no fue tanto una 'secularización' como una 'reforma': junto a la vieja religiosidad cultural [relativa al culto], apreció en determinados círculos una religiosidad ilustrada, cuyo nervio más íntimo consistió en subrayar intelectualmente el carácter divino de la *physis*. Lo divino es para estos hombres la *physis*, la naturaleza universal, principal, materna; Zeus o Poseidón no serían sino figuraciones populares de esa radical y unitaria unidad. El naturalismo, nota fundamental de la cultura griega hácese así doctrina religioso-filosófica". En igual sentido, RODRÍGUEZ, José Adolfo, "Profesionalismo médico: aspectos históricos y religiosos", *Revista Médica de Chile*, nº 134, 2006, p.383, señala que "las corrientes positivistas del siglo XIX han pintado la tecnificación de la medicina como una ruptura con la religión, proyectando sus deseos a la realidad investigada. Estudios posteriores menos prejuiciados, distinguen entre la religiosidad cultural, es decir relacionada con el culto a diferentes dioses, de raigambre cultural popular, y la religiosidad ilustrada, basada en la anterior pero enriquecida con la reflexión y la filosofía. Esta visión, frecuente en los círculos médicos más cultivados, tenía una

menos cierto que, en la práctica de la época, para enfermedades crónicas, episódicas e impredecibles -artritis, migraña, gota, dolor de cabeza, epilepsia, impotencia, infertilidad o malaria - el enfermo acude a magos o sacerdotes al comprobar que el médico es inefectivo en los intervalos de los ataques producidos por tales enfermedades, pues aún se encuentra arraigada en la sociedad esta visión de la medicina³⁹.

El punto de inflexión que supuso la implantación del pensamiento hipocrático, que aun perduraría hasta fechas recientes, radica en la visión amistosa de la relación entre el médico y el paciente⁴⁰. El hecho de pasar de una medicina mágica a una medicina empírica provocó que el médico dejara a un lado la explotación de su intermediación en los fenómenos mágicos para pasar a ser dueño de los poderes que administra, generando también responsabilidad en su actuación. El hecho de que comience a ser dueño de tales poderes o conocimientos hace que nazca esta relación de amistad entre médico y enfermo que perdurará en el tiempo, pues éste ahora ya tiene razones para confiar en el tratamiento basado en los conocimientos empíricos y técnicos.

concepción divina de la naturaleza, la *physis*, de la cual los diferentes dioses no eran más que personificaciones populares. Ambos tipos coexisten en las obras del *Corpus Hippocraticum*; la primera aparece más patente en las primeras líneas del Juramento: «Juro por Apolo médico, por Asclepio, por Hygeia....»; pero, la segunda, se desprende de la mayoría de las demás en cuanto a que la recuperación de la salud no era más que restablecer la *physis* divina en su armonía y equilibrio”.

³⁹ FREDOTOVICH, Norberto, “Cultos, dioses, héroes y símbolos en la medicina”..., op.cit. p. 151 señala que algunos historiadores consideran que el incremento de la magia y la superstición aún en la era de Hipócrates pudo deberse al incremento de los casos de malaria.

⁴⁰ Como señala BLAS ORBÁN, Carmen, *El equilibrio en la relación médico-paciente*, Bosch, Barcelona, 2007, p.20, señala que la relación médico-paciente, antaño basada en la confianza, en la que el médico recibía del paciente unos honorarios médicos acompañados de respeto y agradecimiento, ha dejado paso en nuestros días a una relación contractual, regulada por el Derecho, en la que el médico recibe, a cambio de unos servicios, una contraprestación económica.

Otra de las notas características de la medicina hipocrática se centra en la *concepción científica y racional de la medicina*, configurándola como ciencia y como arte médica, diferenciándola así de la medicina anterior. En este sentido, la teoría hipocrática del tratamiento puede ser resumida en siete grandes criterios⁴¹: 1º.-El verdadero principio de la curación es el esfuerzo sanador de la naturaleza del enfermo; 2º.- El arte del médico no hace y no puede hacer otra cosa que ayudar a la naturaleza en ese esfuerzo hacia la curación; 3º.- La primera regla de la terapéutica hipocrática es abstenerse de lo que el arte no puede conseguir. Se cree en la fuerza de la naturaleza para curar, de modo que el médico debe limitarse a ayudarla, sin interferir en el proceso natural de la enfermedad: “lo primero, no hacer daño” (*primum non nocere*, se dirá más tarde, latinizando el adagio); 4º.- La permanente y metódica voluntad de favorecer y no perjudicar se manifestará también en la prudencia terapéutica; 5º.- El tratamiento tuvo como norma general el principio *contraria contrariis*: “lo contrario es el remedio de lo contrario, pues el arte de curar consiste en añadir y en suprimir”; 6.º.- El enfermo debe colaborar con el médico en la empresa de la curación; 7º.- El enfermo, por tanto, debía confiar en el médico, y éste conquistar la confianza de aquél.

En todo caso, el legado de la medicina hipocrática ha llegado hasta nuestros días en forma de *Juramento Hipocrático*⁴², compromiso ético y

⁴¹ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico-enfermo...*, op.cit., pp. 80-81.

⁴² Dice así: “Juro por Apolo médico, por Esculapio, Higia y Panacea y pongo por testigos a todos los dioses y a todas las diosas, cumplir según mis posibilidades y razón el siguiente juramento: Estimaré como a mis padres a aquél que me enseñó este arte, haré vida común con él y si es necesario partiré con él mis bienes; consideraré a sus hijos como hermanos míos y les enseñare este arte sin retribución ni promesa escrita, si necesitan aprenderlo. Comunicaré los principios, lecciones y todo lo demás de la enseñanza a mis hijos, a los del maestro que me ha instruido, a los discípulos regularmente inscriptos y jurados según los reglamentos, pero a nadie más. Aplicaré los

profesional que adquieren los facultativos al inicio de su vida profesional, como guía en el ejercicio de la medicina, pese a que el texto, razonable para su época, rezuma un paternalismo incompatible con el moderno principio de autonomía.

En todo caso, para la medicina hipocrática la condición de enfermo no sólo es la de un sujeto débil desde un punto de vista físico, sino también desde la perspectiva moral, alguien dependiente y obediente, de modo que el buen enfermo es el que hace lo que se le ordena, sin cuestionar las instrucciones facultativas. Esta asimetría posicional es perfectamente perceptible en el tratado hipocrático “*Sobre la decencia*”:

“Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras ánimale con solicitud y habilidad, sin mostrarle nada de lo que le va a pasar ni de su estado actual; pues muchos

regímenes en bien de los enfermos según mi saber y entender y nunca para mal de nadie. No daré a nadie, por complacencia, un remedio mortal o un consejo que lo induzca a su pérdida. Tampoco daré a una mujer un pesario que pueda dañar la vida del feto. Conservaré puros mi vida y mi arte. No extraeré cálculo manifiesto, dejaré esta operación a quienes saben practicar la cirugía. En cualquier casa en que penetre, lo haré para el bien de los enfermos, evitando todo daño voluntario y toda corrupción, absteniéndome del placer del amor con las mujeres y los hombres, los libres y los esclavos. Todo lo que viere u oyere en el ejercicio de mi profesión y en el comercio de la vida común y que no deba divulgarse lo conservaré como secreto. Si cumplo íntegramente, que pueda gozar dichosamente de mi vida y mi arte y disfrutar de perenne gloria entre los hombres. Si lo quebranto, que me suceda lo contrario”.

acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y su futuro"⁴³.

De este modo, la relación entre médico y enfermo en este período se sustenta en dos ideas principales: el principio de beneficencia, por el que el facultativo actuará siempre en bien del paciente, y el concepto de enfermo como minusválido moral, incapaz por tanto de tomar decisiones⁴⁴.

2.- LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS EN EL DERECHO ROMANO: *AMICITIA*, VÍNCULO CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD

2.1.- Planteamiento: la medicina en Roma

2.1.1.- La naturaleza de la medicina en las fuentes romanas

Con especial detenimiento debemos analizar el período romano dado que produjo el más importante desarrollo del arte del Derecho conocido hasta la época y que aún perdura en nuestros días, hasta el punto de poder afirmar que muchas instituciones contractuales jurídico-médicas traen causa del genio romano⁴⁵. Como sucedió con otras

⁴³ Este tratado, probablemente el más importante del *Corpus Hippocraticum*, puede consultarse en GARCÍA GUAL, Carlos, *Tratados hipocráticos I. Sobre la decencia*. Gredos, 1990.

⁴⁴ Cfr. OGANDO, Beatriz y GARCÍA, César, "Veinticinco siglos de paternalismo, 25 años de autonomía: una aproximación histórica a los cambios en la relación clínica", *Revista de Calidad Asistencial*, nº 21(3), 2006, p. 164 y 165.

⁴⁵ A título de ejemplo, la determinación de la calificación del contrato médico como arrendamiento (*locatio-conductio*) o madato (*mandatum*) ya se encuentra presente en Roma teniendo una extraordinario influencia en las diferentes tesis que luego se han formulado sobre su naturaleza jurídica. Lo

disciplinas, la medicina romana se encuentra extraordinariamente influenciada por la griega, si bien con importantes diferencias epistemológicas. En efecto, como resulta conocido, el saber griego es más especulativo, mientras que, por el contrario, la ciencia en Roma es tendencialmente aplicada y, por ello, la medicina no escapará de tal consideración práctica⁴⁶.

A partir de la inauguración de la etapa imperial, la medicina pasará de ser considerada un trabajo servil a calificarse como arte liberal,

mismo cabría predicar, salvando las lógicas distancias, de la responsabilidad aquiliana o extracontractual. Como estudios clásicos de la actividad médica en el Derecho romano, *vid.* el pionero de BOZZONI, Roberto, *I Medici ed il Diritto Romano*, Napoli, 1904 y, sobre todo, BELOW, Karl-Heinz Otto, *Der Arzt im römischen Recht*, Beck, München, 1953. Un estudio sobre la bibliografía recaída en relación con el desenvolvimiento de la medicina romana puede verse en GONZALVES CAVRIOTO, Enrique y GARCÍA GARCÍA, Inmaculada, “En torno a la medicina romana”, *Hispania Antiqua*, nº 33-34, pp. 323-335.

⁴⁶ Si bien la tesis clásica ha sido considerar la medicina romana una simple secuela de la griega, estudios relativamente recientes como el de ANDRÉ, Jean-Marie, *La Médecine à Rome*, Tallandier, París, 2006, *passim*, desarrollan una interpretación parcialmente distinta en la que la medicina romana no se concibe como un simple epígono de la medicina griega, sino que incorporaría un pragmatismo selectivo de las aportaciones médicas del hipocratismo griego. En este sentido, nos parece muy razonable dicha tesis si observamos grandes aportaciones pragmáticas de la medicina romana como los hospitales militares (“*valetudinaria*”) y, muy especialmente, la salud pública mediante el saneamiento ambiental. Como ejemplo de este último, ya en la Ley de las XII Tablas (450 a.C.) se prohíben los entierros dentro de los límites de la ciudad y se recuerda a los ediles su responsabilidad en la limpieza de las calles y en la distribución del agua. El aporte de agua se hacía por medio de grandes acueductos que proporcionaban millones de litros de agua al día y la distribuían a fuentes, cisternas y casas particulares. El agua se usaba para beber y para los baños pero también se recogía agua de la lluvia para preparar medicinas (Cfr. MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”, en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2008, p. 228). Del mismo modo, FÉRNADEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano*, 8ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 219, destaca como ejemplo el libro 43 del Digesto en el que se contiene una completa regulación de los interdictos dirigidos a impedir el deterioro de los vertederos y cloacas públicas y privadas a fin de evitar el peligro de enfermedad.

teniendo en cuenta que el concepto romano de arte es el de saber específico, siendo arte liberal todo aquello que sirve para la formación y el cultivo del espíritu. De este modo, el médico ha de ser capaz de tratar adecuadamente el cuerpo y la enfermedad para lo cual ha de tener una adecuada formación técnica y humana⁴⁷. Esta consideración de la medicina como arte liberal se infiere directamente de distintos tratadistas de la época. Así, Celso incluye la medicina como una de las seis partes de su obra *De artibus*, recogiendo en la misma un exhaustivo tratado de medicina griega y romana titulado *De re medica*⁴⁸. Del mismo modo,

⁴⁷ MOHINO MANRIQUE, Ana, "Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas"..., ob. cit., p.226, quien además señala que "a diferencia de Grecia en el que la ciencia "*episteme*" es demostrativa, "el saber en tanto que saber", en Roma "*scientia*" es el abstracto de *scire*, que significa saber, pero en un sentido muy básico, el de "estar informado"; es saber porque uno lo ha visto o experimentado (ciencia experimental), o porque a uno se lo han dicho (ciencia enciclopédica). Roma estuvo más interesada por la ciencia práctica que por la puramente especulativa: medicina, botánica, ingeniería, derecho, retórica. No les interesa saber por saber sino saber por hacer. Este saber práctico Roma lo desarrolla hasta límites insospechados. De ahí que Roma no diera buenos filósofos, ni tampoco científicos puros, pero sí buenos gobernantes y espléndidos juristas o ingenieros".

⁴⁸ En 1426 se encontraron dos copias íntegras de la obra, atribuyéndose el hallazgo al Papa Nicolás V. El tratado fue editado en Florencia en 1478 como primer y único texto completo de medicina procedente de la Antigüedad (VIEIRA, Raymundo Manno, *Raíces Históricas da Medicina Ocidental*, FAP-UNIFESP, Sao Paulo, p. 359). La obra sigue la división tripartita de la medicina hipocrática (dieta, farmacéutica y cirugía) y se divide en ocho libros (libro I, historia de la medicina; libro II, patología general; libro III, enfermedades específicas; libro IV, partes del cuerpo; libros V y VI, farmacología; libro VII, cirugía; y libro VIII, ortopedia). Véase al respecto el análisis de CONDE PARRADO, Pedro y MARTÍN FERREIRA, Ana Isabel, "Estudios sobre Cornelio Celso. Problemas metodológicos y estado de la cuestión", *Tempus* nº 20, 1998, pp. 5-80, quienes la califican como "la más importante obra médica en latín legada por la antigüedad" (p.6) y, con carácter más general, la monografía de CONDE PARRADO, Pedro, *Hipócrates Latino. El "De Medicina" de Celso en el Renacimiento*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2003. En definitiva, *De re médica* constituye un tratado sistemático del que proceden alguno de los criterios que desde entonces viene utilizando la medicina clínica como los signos de la inflamación: tumor, rubor, calor y dolor

Varrón añadirá la medicina y la arquitectura al listado de las siete artes liberales clásicas en *Discipinarum Libri IX*⁴⁹. La concepción de la medicina como arte liberal también se encuentra presente en la obra de Claudio Galeno para quien el médico óptimo debe ser también filósofo. Ese es precisamente el título de uno de sus tratados “*Quod optimus medicus sit quoque philosophus*”, donde literalmente afirma:

“Si la filosofía les es necesaria a los médicos para el aprendizaje desde el principio y su posterior práctica, es evidente que quien sea un verdadero médico es, sin duda, también filósofo. En efecto, creo que no precisan de ninguna demostración de que los médicos necesitan de la filosofía para el correcto ejercicio de su ciencia quienes han visto que los codiciosos son boticarios, no médicos y que ejercen la medicina para lo contrario de lo que fue concebida”⁵⁰

En el pensamiento galénico la medicina es un arte filantrópico y los médicos, dada la destreza y dedicación que han de guardar con sus pacientes, deben ser virtuosos y tienen que estar disciplinados, al menos,

(GARGANTILLA MADERA, Pedro, *Breve historia de la medicina: del chamán a la gripe A*, Nowtilus, Madrid, 2011, p.104).

⁴⁹ SUTTON, Gordon, *Artisan or Artist?*, Pergamon, Oxford, 1967, p. 1; Sobre el autor romano, FINKIELMAN, Samuel, “Marco Terencio Varrón y la causa de las enfermedades”, *Medicina (Buenos Aires)*, nº 67, pp. 306-308.

⁵⁰ GALENO, Claudio, “El mejor médico es también filósofo”, Traducción del Grupo Glauk Philologica, *Ideas y Valores*, nº 126, diciembre, 2004, p. 82. MORENO RODRIGUEZ, Rosa M., “Ética y medicina en la obra de Galeno”, *Dynamis*, vol. 33, nº2, 2013, p. 445, observa que la tesis galénica de que el médico excelente es también filósofo, ha sido valorada por la doctrina bien como una táctica propagandística dirigida a ganar la confianza de sus pacientes; como un dispositivo argumental en la ácida polémica que mantuvo con las otras escuelas médicas; o bien, por último, como un modelo autorreferencial de adquisición de conocimiento en un medio hostil a la medicina griega. Las obras más relevantes de GALENO pueden encontrarse traducidas en *Tratados filosóficos y autobiográficos*, Introducciones, traducción y notas de Teresa Martínez Manzano, Gredos, Madrid, 2002.

por la virtud de la templanza⁵¹. También Galeno en su *Exhortatio ad medicinam* elevará la medicina al rango teórico de las artes liberales, tal vez porque, luego, le exija rigor apodíctico matemático; aunque reclama, al tiempo, su dimensión de técnica, arte u oficio, reforzando así su valor epistémico con el recurso a la experiencia, en atención, precisamente, al elemento contingente de la realidad⁵². Así, existirían tres órdenes de artes, las puramente teóricas, las artes figurativas y constructivas y las artes puramente manuales. A las cuatro clásicas artes liberales añade la medicina y la filosofía. Con posterioridad, asignará a la medicina el primer lugar, considerando que abarca a todas las demás⁵³.

Sentadas las premisas anteriores, conviene advertir que en Roma la relación médico-paciente se basaba en un vínculo de amistad y confianza, derivada de la llamada *amicitia* romana, trasunto de la vieja filantropía griega. El facultativo es amigo y confidente, circunstancia que condicionará indudablemente el carácter prestacional de la asistencia sanitaria. Es cierto que tampoco podemos hablar de una situación unívoca dado que el propio transcurso histórico hace evolucionar la prestación médica de actividad desarrollada por esclavos y libertos a

⁵¹ MORENO RODRIGUEZ, Rosa M., “Ética y medicina en la obra de Galeno”..., ob.cit., p. 445.

⁵² GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, Martín, “Philosophia et medicina duae sorores sunt. Divulgación del escepticismo en las fuentes médicas del Medievo”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, nº 16, 2009, p.126.

⁵³ En su obra *Exhortación a la medicina* (“*Exhortatio ad medicinam*”) afirmará que “Entre los artistas no todos tienen la misma categoría. Los que están más próximos al dios situados en círculo a su alrededor, son los geómetras, los matemáticos los filósofos, los médicos, los astrónomos y los gramáticos. A continuación están los pintores, escultores, maestros, carpinteros, constructores y tallistas de piedra, y tras ellos la tercera clase, constituida por todas las artes restantes”. Más tarde, señalará que “conviene, pues, que el joven escoja alguna de estas artes y la practique, de suerte que con ella su alma no se embrutezca por completo y especialmente la mejor de ellas, que es, como venimos diciendo la medicina” (MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., ob. cit., p.227)

actividad auténticamente profesional ejercida por hombres libres, esto es, de un trabajo puramente servil a un arte liberal. Como veremos a continuación, en ese tránsito, nunca exacto y puro sino con lógicos solapamientos, se acudieron a distintas figuras para su articulación jurídica, desde el mandato a la *locatio-conductio* en diversas formas, hasta desembocar en el Derecho justiniano en la categoría de contrato innominado, sin duda, la más dúctil para enfrentarse, tanto sustantiva como procesalmente, a la singularidad de la prestación médica.

2.1.2.- La consideración jurídica de la condición médica

Al igual que en Grecia, en Roma la actividad médica fue una actividad social completamente libre sin que se exigiera para su ejercicio ningún tipo de titulación⁵⁴. En todo caso, conviene distinguir diferentes tipos de médicos. Así, junto a la distinción entre esclavos, libertos e ingenuos, a la que luego haremos referencia, cabe advertir el diferente régimen jurídico de los médicos privados y los médicos públicos. Estos últimos se denominaron en la Roma imperial “arquiatras” (*archiatri*), citándose a Andrómaco, médico de Nerón, como el primero en recibir dicho título, cuyo carácter fue probablemente más bien honorífico que profesional⁵⁵. Posteriormente, se diferenció entre *archiatri palatini*, que se

⁵⁴ No obstante, LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Historia de la Medicina*, Salvat Editores, Barcelona, 1978, p.128, señala que el hecho de que la práctica profesional fuese tan libre, no impidió que en el mundo clásico hubiese, desde la época post-homérica de su historia, una enseñanza médica organizada. ZARAGOZA RUBIRA señala que sólo algunas disposiciones de Séptimo Severo dieron carácter oficial a la enseñanza de la medicina (ZARAGOZA RUBIRA, Juan Ramón, *Medicina y sociedad en la España romana*, Barcelona, 1971, p. 213).

⁵⁵ En conjunto los *archiatri* formaban un cuerpo jerarquizado que tenía un modo peculiar de reclutar sus miembros y establecer un escalafón con los correspondientes ascensos. Tenían un fuerte respaldo de pertenecer al sector oficial, dependían del emperador, de un consejo municipal que quisiera organizar un servicio de sanidad o ya fueran contratados por gimnasios o

encontraban al servicio del emperador⁵⁶, y *archiatri popularis*, encargados de las ciudades, siendo probablemente el emperador Alejandro Severo (225-235 d.C.) quien por vez primera nombró un *archiatus palatinus* oficialmente remunerado⁵⁷.

Como consecuencia de su progresivo reconocimiento social, los médicos gozaron de diferentes privilegios que no fueron sino la consecuencia de la transformación paralela de la mentalidad romana respecto a las *artes liberales*. Su consideración social, como la de los gramáticos y profesores de retórica, aumentó considerablemente pero el caso de la medicina es aún más sintomático, si tenemos en cuenta que, durante mucho tiempo, dicha ciencia se había visto reducida al carácter de mero oficio manual, desprestigiando, en cierto modo, a sus practicantes⁵⁸.

En este sentido, los médicos gozarían de un claro régimen privilegiado, inicialmente aplicable tanto a públicos como privados, si bien con el tiempo dejarían de aplicarse a los facultativos privados ante el

instituciones semejantes. Una vez que cesaban en el cargo, conservaban el título de modo honorífico (*ex archiatri*). Cfr. RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum. Los médicos oficiales de las ciudades en época romana*, Servicio de Publicaciones de la universidad de Córdoba, Córdoba, 1997, p. 9.

⁵⁶ También llamados *archiatri sacri palatii* [C.7,35,2 (*Impgs. Diocletianus el Maximianus AA. Aurelio, archiatro*)].

⁵⁷ Cfr. LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Historia de la Medicina*, ob.cit..., pp. 130-131 y MOHINO MANRIQUE, Ana, "Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas"..., ob. cit. p. 230, que explica cómo se estableció un servicio médico público en el que la ciudad contrataba a uno o más médicos (*archiatri*) y les proporcionaba local e instrumentos para que atendieran en forma gratuita a cualquier persona que solicitara su ayuda. Correspondía a los decuriones de cada ciudad el arbitrio para designar dentro de un número fijo a los médicos a quienes "por su moralidad y ciencia, puedan encomendarse ellos y sus hijos en caso de enfermedad" (D.50,9,2), así como la competencia para decretar sus salarios (D.50,10,4,2).

⁵⁸ Cfr. RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum...*, ob.cit. p.23.

riesgo de saturación de profesionales⁵⁹. Dichos privilegios comenzaron a concederse a partir de Augusto consistiendo sustancialmente en la inmunidad respecto a los gravámenes públicos⁶⁰. Más tarde Vespasiano, y luego Adriano, reconocieron por rescripto imperial la exención para los médicos de las cargas municipales, así como del deber de hospitalidad o alojamiento a forasteros (*hospiterem recipere*)⁶¹. El propio Vespasiano en un edicto del año 75 estableció un verdadero estatuto personal para los médicos romanos, concediéndoles, además de las exenciones anteriores, una especial protección de sus personas contra cualquier violencia, conminando con penas severísimas a los que no observasen tales

⁵⁹ Desde ANTONINO PÍO (138-161 d.C), parece ser que los médicos privados no gozaron de nuevos privilegios, para impedir que algunos de estos pretendieran, por acumulación de inmunidades, hacerse asimilar a los médicos oficiales urbanos en municipios poco escrupulosos (D. 27,1,6,3). Desde entonces la mayor parte de los privilegios afectarán sólo a los *archiatri*. No obstante, la cuestión no resulta absolutamente clara dado que una constitución dirigida a Volusionus, dada en Sinnium el 1 de agosto del 321 d. C. por Constantino 1, confirmó una serie de ventajas gozadas ya de antemano por los médicos, los profesores de Gramática y los de Retórica (Cod. Theod. XIII 3,2). Al referirse a los primeros se habla simplemente de *medici*, por lo que surge la duda si se refiere sólo a los *archiatri* o se debe entender en sentido amplio, afectando también a los médicos particulares (RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum...*, ob. cit. p.21).

⁶⁰ RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum...*, ob.cit., pp.20-21 y MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., ob.cit., p. 229 con cita de DION CASIO (D. 53.30.1) que narra que Augusto concedió la inmunidad de todo tributo a los médicos por haber sido curado por el suyo, Antonio Musa, de una grave enfermedad hepática gracias a un tratamiento dietético y de hidroterapia. El liberto recibe como recompensa del Senado de Roma cuatrocientos mil sestercios, el derecho a llevar el anillo de oro (*anulus aureus*), signo distintivo de la ingenuidad, la elevación de una estatua junto a la de Esculapio, la elevación al *ordo equester*, y la exención de todo tributo para él y para todos los que en el futuro se dediquen al ejercicio de la profesión médica (Plinio, *Hist. Nat.* 19.128; 25.77; 29.6 y Suetonio, *Aug.* 59).

⁶¹ 28. D.50,4,18,30 (*Are. Char., de mun.*).

privilegios⁶². Entre los diferentes privilegios concedidos⁶³ cabe destacar la exención de la tutela⁶⁴, de cargos municipales⁶⁵, del sacerdocio, de la obligación de alojar tropas, de la intendencia de los aprovisionamientos públicos de aceite y trigo, del *munus iudicandi*, del *munus legationis*, del servicio militar (*vacatio militiae*), de cualquier tipo de *famulatus*⁶⁶, de las cargas inherentes al decurionato⁶⁷, de las obligaciones que incumben a los senadores romanos, a los *comites* y a los caballeros *perfectissimi* y de algunos tipos de servicios que eran confiados, a menudo, a los funcionarios retirados. Entre sus derechos, se encuentra el de no tener que comparecer personalmente ante los tribunales⁶⁸, a no ser injuriados ni por hombre libre ni por esclavo⁶⁹ y a los títulos honoríficos⁷⁰. Asimismo, se permitió a los médicos constituir corporaciones (*collegia immunes in fanis delubris templis*), en consideración al carácter sagrado de la profesión que surgirían fundamentalmente a partir del Bajo Imperio⁷¹. Finalmente, resta señalar que los *archiatri* del Estado sumaban algunos privilegios adicionales como

⁶² MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., ob.cit., p. 229 y RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum*..., ob. cit. p. 21.

⁶³ Seguimos en esta sistematización a RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum*..., ob. cit. pp. 21-22. Vid. también AGUDO RUIZ, Alfonso, “Los privilegios de los médicos en el Derecho Romano”, *Ius Fugit- Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, nº 8-9, Zaragoza, 1999-2000, pp. 205-272.

⁶⁴ ULPIANO recoge en D. 27,1,6,1 un rescrito de ANTONINO PÍO, transmitido por MODESTINO, acerca de la inmunidad respecto a la tutela que incluía, asimismo, a los filósofos, retóricos y *gramáticos* contratados por las ciudades.

⁶⁵ Cod. Theod. 13, 3,1.

⁶⁶ D. 27,1,6, 8 (Constitución de Cómodo).

⁶⁷ Cod. Theod. XIII, 3,2.

⁶⁸ La prohibición imperial de Constantino afecta a la citación judicial directa, bajo la forma tradicional de la *editio actionis*.

⁶⁹ La prohibición se encuentra en Cod. Theod. 13, 3, 1(*in ius etiam vocari eos vel pati iniuriam prohibemus*).

⁷⁰ Cod. Theod. 13, 3,1: (...) *praecipimus et honoribus fungi*.

⁷¹ AGUDO RUIZ, Alfonso, “Los privilegios de los médicos en el Derecho Romano”..., ob. cit., p. 234.

la exención de ciertas *praestationes* y de impuestos en especie, *ob omni funzione*⁷², lo que nos proporciona un completo cuadro del progresivo y evolutivo carácter privilegiado de la condición médica en Roma.

2.2.- Calificación jurídica de la prestación de servicios médicos

2.2.1.- La ausencia de relación contractual de la etapa republicana: los esclavos médicos

A los efectos de determinar la configuración jurídica de la asistencia sanitaria en Roma, conviene tener en cuenta que, originariamente y durante la etapa republicana, la actividad médica fue desarrollada por esclavos griegos (*servi medici*) en el ámbito de la familia⁷³. Pese a ser éste un lugar común, cierto sector doctrinal ha relativizado el número de esclavos médicos procedente de Grecia que parece inferirse de las diversas fuentes dado que todo médico, por el mero hecho de serlo, gustaba cultivar su espíritu al modo helénico, escribir en la lengua griega e incluso utilizar un nombre de origen griego⁷⁴.

En todo caso, la práctica médica tuvo inicialmente la consideración de trabajo manual o servil por lo que no se consideraba arte liberal. En este sentido, no debe olvidarse la tradicional aversión de los hombres libres en el mundo de la Antigüedad hacia los trabajos manuales en lo que se ha conocido como “*desprecio áulico*”⁷⁵. Así las

⁷² Cod. Theod. 13, 3,3.

⁷³ Por todos, SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, trad. de Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960, p. 520.

⁷⁴ MOULDY, Catherine, “Etude sur la condition sociale des médecins dans l'Empire Romain”, *Caesarodunum: Bulletin de l'Institut d'études latines de la Faculté des lettres et sciences humaines d'Orléans-Tours*, 1969, nº 3, p.179.

⁷⁵ En expresión del célebre romanista DE ROBERTIS, Francesco María, *Lavoro e laboratori nel mondo antico*, Adriática, Bari, 1963, pp. 50-55. Este desapego, especialmente implantado en los estratos sociales más elevados,

cosas, la actividad era desarrollada en beneficio de los miembros de la familia, sin que existiese relación contractual alguna dada la falta de reconocimiento al esclavo de la condición de sujeto de derecho⁷⁶. En este sentido, el esclavo médico constituyó una propiedad indispensable en las familias acaudaladas⁷⁷. De este modo, el esclavo formaba parte del patrimonio familiar lo que descarta la existencia de vínculo bilateral alguno.

Ello no obstante, tampoco resulta infrecuente que los destinatarios de la asistencia fueran terceros ajenos al núcleo familiar, en cuyo caso sí se estipulaba un arrendamiento de servicios a cambio de un precio que, lógicamente, percibía el *paterfamilias* como sujeto de derecho⁷⁸.

continuaría en el Medievo y en la Edad Moderna dado que las profesiones de implicaban actividad manual y no intelectual se considerarían impropias de la nobleza. *Vid.*, por todos, ALVAREZ RUBIO, Julio, *Profesiones y nobleza en la España del Antiguo Régimen*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1999. En palabras de ALEMÁN MONTERREAL, Ana, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1996, p. 59, “el concepto romano desprecia califica de humilde el trabajo servil, y en tales circunstancias, es difícil encuadrar la ciencia médica en las artes liberales”.

⁷⁶ Sobre la condición jurídica de los esclavos a partir del principado, puede consultarse en la romanística anglosajona, por todas, la monografía clásica de BUCKLAND, William Warwick, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, New York, 2010, que es una reedición del texto original de 1908. Como ha señalado FERNÁNDEZ BUJÁN, el esclavo venía considerado como una *res patrimonial*, un objeto de derecho susceptible, por tanto, de ser vendido, donado o dado en usufructo, legado, pero, al mismo tiempo, era una persona que, sin ser sujeto de derecho participaba de la *ratio subiecti*, a través de la disponibilidad fáctica del peculio, de su *capacitas agendi*, de su *capacitas delicti*, de su capacidad religiosa, de su responsabilidad noxal o de su protección jurídica (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 83 y ss).

⁷⁷ POLLACK, Kurt, *Los discípulos de Hipócrates. Una Historia de la Medicina*, Plaza y Janés, Barcelona, 1969, p.118.

⁷⁸ Cfr. sobre esclavos médicos, NUÑEZ PAZ, Isabel, *La responsabilidad de los médicos en el Derecho Romano*, Forum, Oviedo, 1996, pp. 63-71; MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., *ob.cit.*, p. 230; ALEMÁN

Especialmente, los *servi medici* practicarán la medicina para las gentes socialmente más humildes bajo la dirección del denominado *superpositus medicorum*⁷⁹.

2.2.2.- La medicina como ars liberal en la época imperial: *mandatum vs. locatio-conductio*

Interesa destacar cómo, en un segundo estadio evolutivo al final de la República y sobre todo durante toda la época imperial, se generalizaron las manumisiones de esclavos en agradecimiento a los servicios médicos prestados⁸⁰. Igualmente, el incremento de la población de las ciudades, con los problemas de salud pública que ello provocaba y

MONTERREAL, Ana, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano...*, ob.cit., p.59. En la romanística extranjera, VISKY, Károly. "Esclavage et artes liberales à Rome", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, nº 15, 1968, pp. 473-485.

⁷⁹ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *Historia de la Medicina...*, ob. cit. p.130; IGLESIAS GIL, José Manuel, "Viajar por motivos de salud. Los viajes para la formación y el ejercicio de la actividad de los profesionales de la medicina" en IGLESIAS GIL, José Manuel y RUIZ GUTIÉRREZ, Alicia (Editores), *Viajes y cambios de residencia en el mundo romano*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2011, p.264.

⁸⁰ De ello nos da cuenta el texto de SCAEVOLA recogido en D. 40,5,41,6 (*Scaevola libro IV Resdponsorum*): "*Lucius Titus ita testamento cavitt: médicos tibi commendo illum et illum; in tuo iudicio erit, ut habeas bonos libertos et médicos (...)*". Las manumisiones solían realizarse por vía testamentaria, pero tampoco era insólito que se efectuará *inter vivos*, cuyo caso más celebre es el del oftalmólogo Eros Merula, que en el siglo II d.C. llegó a pagar cincuenta mil sestercios por su libertad, llegándose a convertir en uno de los más importantes benefactores de su ciudad Asisium. Cfr. MOHINO MANRIQUE, Ana, "Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas"..., op. cit. pp. 230-231. AGUDO RUIZ, Alfonso, "Los privilegios de los médicos en el Derecho Romano"..., ob. cit., p. 220. El caso también aparece recogido en la literatura romanística anglosajona: por todos, POWER, Timothy W., *Roman Italy*, University of California Press, Berkeley y Los Angeles, 1990, p.84; JACKSON, Ralph P.J., "Roman medicine: their practioners and their practices", en HAASE, Wolfgang y TEMPORINI, Hildegard (Ed.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Teil II: Principat, Medizin und Biologie, De Gruyter, Berlín, 1993, p. 91; CAMPBELL, Brian, *The Romans and their world: a short introduction*, New Haven, Yale University Press, 2011, p.173.

la necesidad de atender la salud de las tropas romanas aconsejaron la adopción de medidas de fomento entre las que cabe destacar la concesión a los médicos de la ciudadanía romana. Además de medidas imperiales *ad hoc* basadas en la gratitud del solicitante⁸¹, Julio César estableció, con carácter general, en el año 46 a.C., la posibilidad de adquirir la ciudadanía romana a todo médico extranjero de condición libre para que se estableciese en Roma⁸².

Por todo ello, el mundo romano se olvidará de la condición jurídica y de la nacionalidad de modo que pronto la actividad médica se desarrollará no sólo por esclavos sino también por libertos (*medici liberti*)⁸³, peregrinos e, incluso y de forma progresiva, por ingenuos (*ingenui*), esto es, ciudadanos romanos nacidos originariamente libres⁸⁴.

⁸¹ Es célebre el caso de adquisición de la ciudadanía romana desde la condición de peregrino de Harpocras. El entonces gobernador de Bitinia, Plinio el Joven, solicitó del emperador Trajano la concesión de la ciudadanía romana a su médico masajista Harpocras en agradecimiento por sus servicios (Plin., Ep., X, 5, 6, y 7). Sobre el mismo, cfr., la temprana monografía específica de PULCIANO, Carlo Emanuele, *Il diritto privato romano nell'epistolario di Plinio il Giovane*, Università di Torino, Torino, 1913, p. 183. En la doctrina española, el caso ha sido también recogido, entre otros, por RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum...*, ob. cit., p.7; SERRANO DELGADO, José Miguel, "La aportación de la epigrafía para el conocimiento de la *amicitia*-relación de dependencia en el Alto Imperio", *Habis*, nº 18-19, 1987-1988, p. 364 y GIMENEZ-CANDELA, Teresa, "Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada", en ADAME GODDARD, Jorge (Coord.), *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 415.

⁸² LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, "El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica", *Revista de Derecho Privado*, nº 3, 2002, p. 62; RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum...*, ob.cit. p. 4.

⁸³ Son numerosos los textos romanos que se refieren a los médicos libertos. Por todos, D. 38,1,26 (*Alfenus Varus libro VII Digestorum*): "*Medicus libertus, quod putaret, si liberti sui medicinam non facerent (...)*".

⁸⁴ Señala RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum...*, ob. cit., p.7 que "la ley de Cesar jugó mucho en favor de una estimación hacia la persona del médico y la ulterior evolución de la mentalidad romana respecto a las profesiones liberales, en el sentido de considerarlas con una perspectiva más amplia, influyó también en gran manera. El médico podía ser de origen servil o liberto, hombre libre y ciudadano o forastero advenedizo, pero por

En este nuevo contexto en la que la prestación de servicios médicos se desarrolla por sujetos con personalidad jurídica, ya sea originaria – *ingenui*- ya sobrevenida- *liberti*- la medicina pasará definitivamente a ser considerada *ars liberal* ejercida por profesionales⁸⁵, abandonando así el concepto de trabajo servil propio de la época republicana. Es por ello que se produce una alteración progresiva de la naturaleza jurídica de la actividad sanatoria que se transforma en contractual, como consecuencia de la existencia, ahora sí, de dos partes con plena capacidad jurídica en su desenvolvimiento. Surge de este modo la complejidad de determinar la calificación del negocio jurídico consistente en la prestación de servicios médicos, siendo habitual en la doctrina la referencia a dos configuraciones contractuales, bien como contrato de mandato (*mandatum*), bien como contrato de arrendamiento de servicios (*locatio-conductio*).

En relación con el *mandato*, se partía de la dificultad de incardinar la prestación en el arrendamiento de servicios dado que los trabajos realizados por los profesionales liberales eran, en cierto sentido, impagables por la dificultad, o incluso imposibilidad de cuantificar su valor. Por ello, estos profesionales y otros muchos que ejercían labores intelectuales, científicas o artísticas, enmarcarían las relaciones con sus

encima de todo, ya desde el Alto Imperio, su personalidad fue adquiriendo los rasgos de la de un profesional serio y amante de su arte, en cuyo gremio podrían darse buenos y malos practicantes, pero a cuyo oficio no podía dársele ningún calificativo despectivo a modo de generalización”.

⁸⁵ BONET RAMÓN, Francisco, "Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales: Contrato de arrendamiento de servicios: Elementos esenciales. Modos de fijar la remuneración. Cuándo es exigible su pago", *Revista de Derecho Privado*, 1941, p. 161. ALEMÁN MONTERREAL, Ana, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano...*, ob.cit., p. 60. El Digesto recoge el texto de ULPIANO en el que equipara a los médicos con los profesores D. 50,13,1,1: “*Medicorum quoque eadem causam est, quaque professorum, nisi quod iustior, quum hi salutis hominum, illi studiorum curant agant; et ideo his quoque extra ordinem ius dici debet*”.

destinatarios en otras categorías contractuales como el mandato⁸⁶. Esta figura, basada en la *bona fides* y en la confianza, respondía perfectamente a la consideración de la actividad de los médicos como manifestación de filantropía en un contexto de amistad entre médico y paciente que se introduce en Roma a través del juramento hipocrático⁸⁷.

Según sabemos por Gayo⁸⁸, el mandato se configuraba en el Derecho romano como contrato consensual, bilateral imperfecto y de buena fe, en que la una de las partes (mandatario) promete realizar gratuitamente un encargo que le había sido encomendado por la otra parte (mandante)⁸⁹. En este sentido, buena fe y gratuidad son características acusadas del mandato, ya que, de una parte, se fundaba en la "confianza" existente entre mandante y mandatario y, por otro, era esencialmente gratuito⁹⁰. Respecto de la gratuidad, Gayo nos advierte que la actividad objeto de arrendamiento de servicios se convierte en mandato si quien la presta se compromete a realizarla gratuitamente⁹¹. La gratuidad como elemento esencial también puede encontrarse en Paulo

⁸⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema Contractual Romano*, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp.307 y ss.

⁸⁷ *Vid.*, MOHINO MANRIQUE, Ana, "Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas"..., ob.cit., p. 231, con cita del Digesto [D.17,1,16] donde se plantea un supuesto de mandato en interés del mandante en Aurelio Quieto, que manda a su médico la construcción, a su costa, de un juego de pelota, un baño caliente y otras cosas convenientes para su propia salud, en una finca que éste tenía en Rávena.

⁸⁸ Gai 3,155 y ss.

⁸⁹ Cfr. MIQUEL, Joan, *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona, 1987, p. 395.

⁹⁰ DUMONT, François. "La gratuité du mandat en droit romain", en *Studi in onore V. Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1952, p. 307; MICHEL, Jacques Henri: *Gratuité en droit romain*. Brussels, 1962. pp. 204 y ss; WATSON, Alan, *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, 1961, p.16.

⁹¹ I. 3, 162: "*In summa sciendum est, quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem, ueluti si fulloni polienda curandaue uestimenta dederim aut sarcinatori sarcienda*".

que sanciona con la nulidad contractual la falta de la misma (“*mandatum, nisi gratuitum, nullum est*”)⁹². En todo caso, el principio de gratuidad no se vería alterado por la simbólica existencia de un *honorarium*, que constituye una mera manifestación de gratitud, que no de compensación⁹³.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el *mandato* disciplinó en Roma la actividad de los profesionales intelectuales, mientras que el *arrendamiento* reguló los trabajos serviles, un sector doctrinal considera que la relación médico-paciente se articuló en el Derecho romano a través de un contrato de mandato, en donde el mandante era el enfermo, el mandatario era el galeno, y la encomienda se reducía a procurar la salud del paciente⁹⁴.

⁹² D. 17,1,1,4 (*Paulus libro XXXII ad. Edictum*): “*Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amititia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*”. En el mismo sentido, IJ 3,26,13: “*In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in alian formam negotii cadere: nam mercede constituta incipit locatio et conductio esse et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur, et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio*”. Advuértase cómo a diferencia del mandato romano, en el Código civil (artículo 1.711), la gratuidad es elemento natural y no esencial al contrato, dado que, solo a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito.

⁹³ LÓPEZ-RENDÓ RODRÍGUEZ, Carmen, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al derecho moderno*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1999, p. 36, señala que “esta muestra de agradecimiento no atentaba en modo alguno contra el principio de gratuidad toda vez que el mandatario no aceptaba el mandato en consideración al posterior regalo, es decir, en el acto de conclusión del mandato no fue pactada retribución alguna, debiendo considerarse la retribución prometida con un acto posterior, como una simple donación”.

⁹⁴ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob.cit., p.65, con cita de GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en VV.AA, *Estudios en homenaje al Dr. Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965, p. 364.

No obstante, esta calificación del negocio jurídico como mandato ha sido impugnada por parte de la doctrina que niega que el médico acudiese a la *actio mandati* para exigir su remuneración. En este sentido, se ha invocado como argumento el carácter meramente ocasional del mandato, sin que deba confundirse la gratuidad propia del contrato con la *philia iatrikê* griega, propia de la originaria relación médico-enfermo, dado que no se podrían equiparar las obligaciones propias del mandato con las de la amistad. En este sentido, se ha apuntado que, a lo más, podría añadirse una promesa estipulatoria al contrato para posibilitar la obtención de remuneración por los servicios médicos⁹⁵.

Sea como fuere, parece que, en todo caso, desde el final de la República y principalmente, durante el Imperio, la prestación de servicios médicos pasó a instrumentarse a través del contrato de arrendamiento⁹⁶.

⁹⁵ NUÑEZ PAZ, Isabel, "Status del médico y responsabilidad civil", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, nº 47, p. 400. La autora defiende que ni un sólo texto caracteriza como tal la relación médico-paciente como contrato de mandato, señalando, en cuanto al texto de ULPIANO recogido en el Digesto antes referido (D.17,1,17), que no se refiere a la remuneración del médico, sino tan sólo al encargo que se hace a un médico de que se ocupe de edificar una construcción en provecho de la salud del paciente.

⁹⁶ MOHINO MANRIQUE, Ana, "Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas"..., ob.cit., 231; NUÑEZ PAZ, Isabel, "Status del médico y responsabilidad civil"..., ob. cit., p.399. ALEMÁN MONTERREAL, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*..., Ana, ob.cit., p.59, sugiere un doble argumento. En primer término, señala que ULPIANO concede expresamente la *actio ex locato* o la *actio legis Aquiliae* al médico que ha operado negligentemente (D. 9,2,7,8 (*Ulpianus libro XVIII ad Edictum: "Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem"*)), siendo ésta una acción que nace del contrato de arrendamiento. En segundo lugar, argumenta que los textos de GAYO (D. 9,4,7, *Gaius libro VI ad Edictum provinciale: "Quum liberi hominis corpus ex eo, quod diectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas cetraque impendia, quae in curatione facta sunt..."*) y de CICERON (Cic. *Fam.*16,14,1: "*Medico mercedis quantum poscet promitti iubeto*") aluden a los gastos médicos con el término *merces*, si bien, como se verá, pronto será sustituido por el más específico de *honorarium* con las connotaciones que ello conlleva. Cfr. también en la doctrina italiana, LEGA, Carlo, "Le prestazioni del medico: dalla locatio operarum alie obligación di mezzi e

No obstante, se trata de una *locatio-conductio* modulada tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal al tratarse de servicios prestados por profesionales liberales. Desde el punto de vista material o sustantivo, se produce una primera singularidad en la remuneración: el salario (*salarium*) que perciben los médicos no se denomina *merces* o renta⁹⁷, sino que por el contrario, la expresión frecuentemente utilizada es la de honorario (*honorarium*) en los términos antes señalados. Esta retribución no constituía el estricto contravalor del servicio prestado, sino que, tal y como sucedía con el mandato, era concebida concebía como una cantidad con la que el beneficiado por el servicio demostraba su gratitud a quien se lo había prestado⁹⁸. En este sentido, no podía cuantificarse realmente el beneficio pero se entregaba una cantidad a modo de materialización del agradecimiento⁹⁹.

En segundo término, como modulación procesal, debemos tener en cuenta que, tal y como ULPIANO nos enseña¹⁰⁰, la exigencia de las

ai doveri di comportamento”, en VV.AA., *Fraterna munera. Studi in onore di Luigi Amirante*, Università degli Studi di Ferrara e di Salerno, Salerno, 1998, p. 202.

⁹⁷ Que, en el contrato de arrendamiento, debe ser determinada (Gai 3, 142).

⁹⁸ MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., ob.cit., p. 231. ALEMÁN MONTERREAL, Ana, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*..., ob.cit., p.60. Nótese que, aún hoy en día que se sigue utilizando el término “honorarios” para referirse a las retribuciones de los servicios prestados por profesionales liberales como los médicos, abogados o arquitectos. Sobre los honorarios de los médicos que tenían la condición de *ingenui*, vid. JUST, Manfred, “Das Honorarenspruch des medicus ingenuus”, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, v. VI, Napoli, 1988, pp. 3057-3075. La diferencia entre la *merces* y el *honorarium* puede también consultarse en COPPOLA, Giovanni: “Note sui termini merces e honorarium”. *Accademia Peloritana dei Pericolanti, Classe di Lettere, Filosofia e Belle Arti* nº 66. 1990, pp. 285-320.

⁹⁹ Como ejemplos paralelos de la imposibilidad de cuantificación del beneficio si un médico consigue recuperarnos la salud FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema Contractual Romano*..., op. cit. p.293, cita los de un profesor que nos enseña griego o si un jurista nos da una respuesta a una cuestión controvertida, todos ellos.

¹⁰⁰ 45. D. 50,13,1 (*Ulp. 8 de omn. trib.*).

cantidades debidas a los médicos no se tramitaba por la vía ordinaria sino a través de un procedimiento especial, la cognición extraordinaria, de la que conocían jueces únicos o los gobernadores en las provincias¹⁰¹.

Al margen de estas modulaciones se ha discutido sobre qué tipo de locación constituía la prestación de servicios médicos, esto es, *locatio-conductio rei* o arrendamiento de la cosa, *locatio-conductio operis* o arrendamiento de obra, o *locatio conductio operarum* o arrendamiento de servicios. La *locatio-conductio rei* implicaba el pago de una *merces* por el uso de una cosa, que podía ser el esclavo que prestaba los servicios médicos. La *locatio-conductio operarum* se distinguía de la *locatio-conductio operis* o arrendamiento de obra en que en aquélla, el objeto del contrato es la actividad en sí misma y no el resultado que produce, mientras que en esta última hay una obligación de resultado, sin especial consideración al trabajo que lo crea.

No obstante, se ha puesto de manifiesto cómo en realidad, la figura de la *locatio-conductio* responde en Roma a un mismo esquema contractual, aplicándose las mismas reglas a sus tres modalidades. La tripartición, ajena a la jurisprudencia romana y fruto de una creación artificial de la pandectística alemana¹⁰², ha llegado sin embargo a

¹⁰¹ MOHINO MANRIQUE, Ana, "Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas"..., op. cit., p.232.

¹⁰² Cfr. IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Ariel, 10º ed., 1990, quien en p. 405 señala claramente que "ni Gayo, en las escasas letras dedicadas a la *locatio conductio*, ni Ulpiano y paulo, en sus comentarios sistemáticos a la materia, tratan separadamente los casos que los intérpretes modernos agrupan en tres categorías". En el mismo sentido, sobre la pretendida clasificación tripartita de la *locatio-conductio*, vid. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituzioni di Diritto Romano*, 14ª edición, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960, p. 346; AMIRANTE, Luigi, "Ricerche in tema di locazione", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, nº 62, 1959, pp. 9-119; SPAGNUOLO VIGORITA, Luciano, *Subordinazione e Diritto del lavoro. Problema storici-critici*, Napoli, 1967, pp. 76 y ss. LEWIS, Andrew D.E., "The trichotomy in *locatio conductio*", *The Irish Jurist*, nº 8, 1973, pp. 164-177; En la doctrina española reciente, cfr. TORRENT, Armando, "The controversy on the

positivizarse en los códigos civiles decimonónicos¹⁰³. En todo caso, la figura del arrendamiento resultaría clara si tenemos en cuenta el expreso reconocimiento de la *actio ex locato* para exigencia de la responsabilidad del médico. Sí parece en todo caso que, en la medida en que la actividad médica era concebida como obligación de medios y no de resultado, la figura más adecuada, al menos desde una lógica jurídica contemporánea, sería la *locatio-conductio operarum*, si bien debe tenerse en cuenta que, en el fondo ésta se consideraba una modalidad más de la locación por lo que el debate parece más nominal que práctico. En otras palabras, lo verdaderamente relevante no consiste tanto en el *nomen iuris* del contrato estipulado como en los efectos jurídicos desplegados por el mismo en relación con el alcance de la obligación del médico.

2.2.3.- La prestación de servicios médicos como contrato innominado en el Derecho justiniano

Sin perjuicio de la calificación jurídica que le se otorgue en las fuentes romanas, todas las peculiaridades de la prestación de servicios médicos parecen dificultar su pleno encaje en figuras contractuales típicas, no sólo en el mandato sino también en el arrendamiento de servicios clásico. Por otra parte, cada vez se fue haciendo más imperiosa la necesidad práctica de reconocer determinadas convenciones, creándose así un clima propicio que culminará con el reconocimiento definitivo de estos acuerdos que, por aparecer frente a aquellos contratos que durante la época clásica habían sido típicos y tenían propio nombre, se les designará con el nombre genérico de contratos innominados. Justiniano dotará a dichos

trichonomy *res, operae, opus* and the origin of the location-conductio", *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 9, 2012, pp. 378-420.

¹⁰³ En el mismo sentido, el artículo 1.542 CC distingue entre el arrendamiento de cosas, obras y servicios.

contratos de tutela procesal propia, otorgándoles una acción que se denominará *actio praescriptis verbis* o *in factum*, y que se dirigirá a exigir el cumplimiento de lo pactado¹⁰⁴. Por ello, no resulta extraño que la atención médica, caracterizada por su atipicidad, acabará encuadrada en la época justinianeana en los *contratos innominados* bajo la modalidad *do ut des* o bien *do ut facere*¹⁰⁵. A desdibujar los perfiles típicos del contrato de arrendamiento de servicios también contribuyó la jurisprudencia pretoriana que, fiel a su carácter pragmático y en consecuencia creativo, concedió las nuevas acciones *in factum y praescriptis verbis*¹⁰⁶.

2.3.- Responsabilidad por la prestación de servicios médicos¹⁰⁷

¹⁰⁴ BELDA MERCADO, Javier, "El reconocimiento jurídicos de los contratos innominados", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 12, 2008, p.71.

¹⁰⁵ MAYER-MALY, Theo, *Locatio conductio: eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Herold, Wien, 1956, p.126. En la doctrina española, NUÑEZ PAZ, Isabel, "Status del médico y responsabilidad civil"..., ob.cit. p.400 y MOHINO MARRIQUE, Ana, "Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas"..., ob.cit. p. 231. Recordemos que los contratos innominados se agrupaban bajo cuatro modalidades: a) *do ut des* (doy para que des), que consiste en la entrega de una cosa (*datio*) dirigida a obtener la *datio* de otra cosa; b) *do ut facias* (doy para que hagas), cuando la obligación resultante es un *facere* y la causa que lo motiva la entrega de una cosa; c) *facio ut des* (hago para que des), si por el contrario la obligación es de dar y la prestación que adelantó el acreedor fue un hacer; d) *facio ut facias* (hago para que hagas), si ambas prestaciones (la ya cumplida que sirve de causa) y la debida (constituye el objeto de la obligación) son de hacer.

¹⁰⁶ Recogidas para los contratos de atención médica de D. 19, 5, 27 (*Pompeius XXI ad Sabinum*): "*Quod kalendis Ianuariis dari solet medicis et scaenicis non est merces: itaque si quid in eiusmodi artibus fiat quam concenit non ex locato sed in factum actio dabitur*".

¹⁰⁷ *Vid.*, con carácter general, sobre el tema de la responsabilidad médica en Roma: RICO PÉREZ, Francisco, "La responsabilidad civil del médico en Roma", en ROSET ESTEVÉ, Jaime (Coord.), *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Vol. 3, 1988, pp. 1603-1613; GARCIA-ESCRIBANO MARTINEZ, María Soledad, *La responsabilidad civil del médico en el Derecho romano*, Madrid, 1998; GOMEZ ROYO, Enrique y BUIGUES OLIVER, Gabriel:

Pese a las críticas de Plinio a una supuesta impunidad médica¹⁰⁸, lo cierto es que, a diferencia de la medicina griega, la responsabilidad civil por la prestación de servicios médicos no sólo es recogida por la legislación y jurisprudencia romanas, sino que incluso se hace con el afán por particularizar los casos, propio de la mentalidad jurídica romana¹⁰⁹.

Siendo la actividad médica, al margen de su concreta calificación jurídica, un negocio contractual, la responsabilidad civil exigida al médico romano era canalizada a través de la acción propia del contrato

“Die Haftung der Ärzte in den klassischen und nachklassischen Quellen”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, nº 37, 1990, pp. 167-196.

¹⁰⁸ PLINIO en *Naturalis Historia* (29,8,1) “*Nulla praeterea lex quae puniat inscitiam capitale, nullum exemplum uindictae. Discunt periculis nostris et experientia per mortes agunt, medico que tantum hominem occidisse impunita summa est*”.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, ob. cit. p.16, quien califica las críticas de Plinio exageradas y probablemente motivadas en la inexigibilidad de conocimientos precisos para quien, cara al público, quisiera recibir la consideración de médico y en la falta de independencia profesional y ética de muchos esclavos médicos que se vieron incursos en supuestos de envenenamiento. En igual sentido, GIL FERNÁNDEZ, Juan, “Arcágato, Plinio y los médicos”, *Habis*, nº 3, 1972, p. 97-98, que afirma que “Plinio no ignoraba la legislación positiva y que había hecho muy bien sus cálculos para impresionar al lector, lo demuestran las palabras que añade a su afirmación, aparentemente temeraria, de que no hay ley que castigue la *inscitia capitalis* del médico ni ejemplo alguno de castigo. Cuando muere alguien de resultados de un tratamiento -viene más o menos a decir- la situación se invierte escandalosamente y resulta que son los médicos quienes acusan a sus víctimas por no haber seguido el tratamiento “*quin immo transit conuicium et intemperantia culpatur ultro que qui periire arguuntur*” (XXIX 8, 18)”. Con ello, en el fondo, presupone una acción post mortem contra el médico a la que pone fin una excepción legal. No obstante, el autor señala que “en rigor, la contradicción entre los hechos y las palabras de Plinio sea tal vez más aparente que real. En la praxis jurídica, ayer como hoy, resulta muy difícil esclarecer la responsabilidad penal del médico, ya que éste, con su superioridad de conocimientos técnicos, siempre tiene a mano argumentos de peso. Y así, las rotundas afirmaciones de *nulla praeterea lex quae puniat inscitiam capitale, nullum exemplum uindictae*, en último término, deben interpretarse más o menos en este sentido: ¿de qué valen las leyes, si con sus artimañas los médicos logran burlarlas y esquivar siempre el castigo! El tópico de que es el médico el único homicida impune, se siguió repitiendo desde la Comedia Nueva hasta finales de la Antigüedad, cuando nos consta que sus responsabilidades civiles y criminales se habían claramente definido”.

en el que se enmarcaba su actividad, esto es, por la *actio ex locato* o acción derivada del contrato de arrendamiento o por las acciones in *factum* y *praescriptis verbis*, esto es, las acciones de palabras prescritas o por el hecho concedidas por el pretor, a las que antes hemos hecho referencia. También se podía ejercitar una acción de responsabilidad extracontractual a partir de la *Lex Aquilia de damno* del 286 a.C. En este sentido, cabe diferenciar dos situaciones en atención al *status libertatis* del paciente¹¹⁰.

En primer término, si el paciente era esclavo, cabía exigir responsabilidad a través de la acción contractual de locación en virtud del contrato de arrendamiento de servicios en los términos ya explicados o incluso la acción aquiliana. Como señala Ulpiano en el Digesto, tanto la acción contractual de locación o la acción extracontractual de la *Lex Aquilia*, perseguían que se indemnizara al dueño por el daño ocasionado a su propiedad¹¹¹. También Gayo, en el libro séptimo de sus comentarios al edicto, considera procedente la *actio legis Aquiliae* cuando el médico hubiese usado mal un medicamento o hubiera abandonado la curación¹¹². En esta circunstancia, la indemnización, en caso de producirse la muerte del esclavo, se fijaba con arreglo al valor más alto que hubiera tenido éste en el año precedente, o en el mes anterior si solamente resultaba

¹¹⁰ Seguimos a MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., ob. cit. p. 232 y a PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés, “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”..., ob.cit., pp. 209-210. En términos análogos, aunque no exactos, si bien no clasifican la responsabilidad atendiendo a la condición personal del paciente sino del médico, GIL FERNÁNDEZ, Juan, “Arcágato, Plinio y los médicos”..., ob. cit. p. 96; RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum*..., ob.cit., pp.16-17.

¹¹¹ Como ya vimos, ULPIANO recoge la opinión de PRÓCULO que concede indistintamente ambas acciones (D. 9,2,7: *Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem*).

¹¹² 50. D.9,2,8pr. (Gai. 7 ed. prov.).

herido¹¹³. Se consideró culpa extracontractual la impericia, ineptitud e ignorancia médica (*medici imperitia, medici inscientia*), siendo el caso paradigmático aquél en que el médico no operó bien a un esclavo o le recetó mal un medicamento, originando con ello su muerte¹¹⁴.

En caso de que el paciente dañado fuese un hombre libre, cabían dos tipos de reclamaciones por daños y perjuicios: una *actio in factum*, que presuponía que el pretor juzgase que había algo condenable, aunque no hubiese ley alguna que se refiriera a este tipo de delitos, o la *extraordinaria cognitio* ya en baja época (sobre todo a partir de Diocleciano), mediante la cual los pretores resolvían cuestiones referentes a la prestación de servicios, no encuadrables en los contratos de arrendamiento.

Con independencia del cauce procesal seguido, interesa aquí traer a colación el tipo de responsabilidad exigida. En este sentido, la doctrina mayoritaria se decanta por una responsabilidad subjetiva que exige por ello la concurrencia de culpa o negligencia. Ello resultaría de la propia naturaleza del contrato de arrendamiento en el que la obligación exigible al médico es de actividad y no de resultado, por lo que el *locator* tan sólo se obliga a despegar una actividad tendente a la consecución del resultado querido por el conductor. En este sentido, el concepto de culpa surgirá en el ámbito penal fruto de la regulación dada por la *lex Aquilia* de daño del 286 a.C. a los daños causados en las cosas. Esta responsabilidad surgida

¹¹³ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho romano*, (Traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa), Reus, Madrid 1979, pp. 531 y ss. También, LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Madrid, Trivium, 1998, p. 10.

¹¹⁴ Las Instituciones de GAYO recogen la impericia como causa de responsabilidad (I., 4,3,7: “*Imperitia quoque culpa ad numeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit*”).

en el ámbito extracontractual sería utilizada por los juristas para valorar la conducta de los contratantes en casos de incumplimiento¹¹⁵.

Existe, no obstante, una sugerente línea doctrinal que postula la existencia de una responsabilidad objetiva por los daños producidos como consecuencia de la actividad médica. Se trataría de un tipo de responsabilidad vertebrado por el Derecho pretorio, a través de las acciones *in factum* en las que el demandante no tiene que invocar la culpa o el dolo del responsable del perjuicio sufrido por la víctima (presupuestos habituales de las acciones penales) sino que basta que invoque un simple hecho – *factum*-, sin alusión a aquellos parámetros clásicos de atribución de responsabilidad para que pueda entablarse una acción por un acto que provoque un perjuicio para la salud de los ciudadanos. La maximización de esta objetivización de la responsabilidad se encontraría en la posibilidad de demandar por la creación de una situación de riesgo, independientemente de que se haya producido un resultado¹¹⁶. Sin embargo, creemos que, más allá de la variabilidad de la práctica forense, los supuestos señalados no constituirían en los términos descritos supuesto de responsabilidad objetiva *stricto sensu*. En efecto, la inexigibilidad de la invocación de culpa para demandar no implica la innecesariedad de prueba de ésta. A lo sumo, se trataría de un supuesto de inversión de la carga de la prueba que libera al actor de la acreditación de la negligencia por la vía de la presunción, pero que no excluye que la responsabilidad pivote sobre la diligencia del prestador del servicio médico, conservando por ello su carácter subjetivo. En cuanto a la acción por la mera existencia de riesgo o puesta en peligro, lo que se produce es una flexibilización del resultado lesivo en cuanto que el

¹¹⁵ MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., ob. cit. p. 232.

¹¹⁶ GIMÉNEZ-CANDELA, Teresa, “Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada”..., ob. cit. p. 417, que conecta esta objetivización con la figura de los cuasidelitos.

daño no tendría que ser efectivo, bastando con que resultara meramente potencial. Aún con todo, sigue sin prescindirse del concepto de culpa dado que debe concurrir negligencia en la creación del riesgo.

En cuanto a la responsabilidad penal del médico, cuando mediaba envenenamiento resultaba regulada en la *Lex Cornelia de sicariis et ueneficiis* y la *Lex Pompeia de parricidiis*. Al envenenamiento se asimilaban la administración equivocada o masiva de un medicamento o la de un *abortionis autamatorium poculum*. La pena a que se exponía el médico en la mayoría de los casos era la muerte y en este caso resultaba indiferente que el sujeto pasivo del delito fuese libre o esclavo. La misma *Lex Cornelia* establecía el castigo del cirujano que practicaba la castración, aunque no con tanta severidad como el rescripto de Adriano que vino a reforzar el rigor de las penas. Igualmente estaba prevista una *actio iniuriarum* contra el médico causante de la locura de un paciente por un tratamiento medicamentoso equivocado¹¹⁷. En todo caso, el paciente siempre podría elegir entre ejercitar la acción civil con condena al simple y la acción penal con condena al doble o triple, comprendiendo no sólo la pena sino también la responsabilidad civil *ex delicto* que se concreta en indemnización por el daño causado por el médico imprudente o negligente¹¹⁸.

¹¹⁷ RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum...*, ob.cit., p. 17; GIL FERNÁNDEZ, Juan, “Arcágato, Plinio y los médicos”..., ob. cit. p. 96;

¹¹⁸ MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”..., ob. cit. p. 233.

3.- EL CONCEPTO CRISTIANO DE CARIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS DURANTE LA EDAD MEDIA

3.1.- Planteamiento

El cristianismo dejará notar su influencia en la relación médico-paciente durante el largo período medieval. Adicionalmente, SCHIPPERGES afirma que existen tres grandes logros – tanto desde el punto de vista médico como social – de la medicina de la Edad Media que han llegado hasta nuestros días: la concepción de la ciencia médica como un servicio sanitario público, la evolución del antiguo hospital hasta dar lugar a la clínica moderna y la penetración de la ciencia médica en las universidades¹¹⁹. Sin embargo, es importante subrayar que, al igual que sucede en otras épocas históricas, el período medieval no se presenta con carácter homogéneo, máxime si se trata de cuestiones relacionadas con la prestación de servicios médicos. Mientras durante la Alta Edad Media se produce una profunda regresión cultural con pérdida de la tradición grecorromana anterior, en la Baja Edad Media se tenderá a su progresiva recuperación¹²⁰. No obstante, la base de la relación médico-paciente seguirá enmarcada en la relación de amistad que trae su origen de la *philia* griega, aunque envuelta en las características del sistema feudal en el que está inmersa.

¹¹⁹ SCHIPPERGES, Heinrich, *El jardín de la salud: medicina en la Edad Media*, Editorial Laia, Barcelona, 1987, p. 12.

¹²⁰ LÁZARO, José y GRACIA, Diego, “La relación médico-enfermo a través de la historia”..., op.cit, p.12. Durante la Alta Edad Media los conocimientos médicos se conservan en los manuscritos de los monasterios, siendo los monjes que habitan en ellos los que conservan los restos de la medicina clásica. Sin embargo, durante la Baja Edad Media se recuperan los conocimientos médicos de la cultura antigua mediante la traducción de los textos clásicos a la par que se desarrolla la profesión médica haciéndose cada vez más laica.

Sin perjuicio de la decisiva influencia del cristianismo en la configuración de la relación asistencial medieval, no debe dejar de consignarse la importante contribución de la medicina musulmana a la transmisión del pensamiento médico en el medievo. En este sentido, la medicina en el antiguo Islam nació como consecuencia de la asimilación y recreación de la medicina helenística a través de Hipócrates y Galeno. Su principal aportación radicó en la organización de las instituciones médicas a través de gremios, hospitales y diferentes organizaciones para el ejercicio profesional. Además, destaca la instauración de la obligación de obtención de un título para el desempeño de la profesión médica como mecanismo preventivo de errores que pudieran causar el fallecimiento de los enfermos. En este sentido, los exámenes para la obtención de un título se llevaron a cabo en la España musulmana en el siglo XI y, al menos a partir del siglo XIII, en la España cristiana¹²¹. Además de la creación de una organización de las instituciones médicas en torno a hospitales, la civilización musulmana también contribuyó al desarrollo de la medicina y a mejorar el tratamiento que los médicos podían realizar sobre los pacientes, contando con un amplio conocimiento de los medicamentos¹²². En este sentido, la medicina musulmana constituyó una ciencia muy elaborada, fruto de la tradición grecorromana anterior y la medicina oriental, y de carácter escasamente agresivo, por lo que preferirá la prevención antes que la intervención¹²³. Posteriormente, con el origen del movimiento renacentista abrirá su puerta a los modos occidentales para

¹²¹ DE MICHELI-SIERRA, Alfredo, "Notas sobre la medicina del antiguo Islam", *Gaceta Médica de México*, Vol 138, nº3, 2002, p. 284.

¹²² RESTREPO, Helena E, "Antecedentes históricos de la promoción de la salud" en RESTREPO, Helena E y MÁLAGA Hernán, *Promoción de la salud: cómo construir una vida saludable*, Editorial Médica Panamericana, 2002, p. 18.

¹²³ PÉREZ MÉNDEZ, Pablo y VARELA TEMBRA, Juan José, "Evolución y desarrollo de la medicina medieval en occidente", *Océánide*, nº1, 2009, p.2.

tomar conocimiento directo de las fuentes y de las observaciones de los autores clásicos. Ese será el momento en el que se disipará la supremacía de la medicina islámica en Occidente que, hasta ese momento, había sido instrumento vehicular para la transmisión de ideas del pensamiento antiguo. Los europeos occidentales dejarán de necesitar intermediarios para el conocimiento de la medicina antigua, motivo por el cual la medicina islámica, que jugó un importante papel transmisor de ese pensamiento, comenzará progresivamente a perder empuje e influencia¹²⁴.

3.2.- Relación asistencial y responsabilidad médica en el Medievo

Interesa destacar como idea inicial que, debido a la configuración de la relación entre médico y enfermo, existe a lo largo de la historia una exclusión de la intervención del mundo jurídico en la actividad médica. El principio de beneficencia imperante en el ámbito sanitario en la historia hasta la década de los sesenta del siglo XX se refleja en la tendencia paternalista de la relación médico-paciente, que tiende a caracterizarse por una dependencia del paciente a la autoridad de aquél, que es quien tiene los conocimientos técnicos y la consideración moral para tomar las decisiones adecuadas para el paciente. Así las cosas, este modelo fue transmitido durante la Edad Media e incluso la Ilustración¹²⁵. Esta tradicional exclusión del mundo jurídico en la configuración de la

¹²⁴ Cfr. DE MICHELI-SIERRA, Alfredo, "Notas sobre la medicina del antiguo Islam"..., op.cit. p. 285.

¹²⁵ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *La Intervención jurídica de la actividad médica*..., ob.cit. p. 25. El autor también señala que el médico, al establecer formas de vida y comportamiento saludable, dota a estos mandatos de una fuerza especial, mayor incluso que la de las normas jurídicas y preceptos morales. La justificación radica en que "el médico, en cuanto legislador, en cuanto hombre que hace ley, quede excluido en esta actividad del control de otro legislador externo".

actividad médica unida a la fuerza moral de los mandatos médicos¹²⁶ y a la fragmentación y pluralidad normativa que rige buena parte del comienzo de la Edad Media, hace que el panorama no sea del todo novedoso y esclarecedor. En todo caso, ya durante el siglo XIII, a través de la recepción del *ius commune*, se producirá una mayor uniformidad en la configuración jurídica de la relación médica.

Por todo ello, tal y como sucedió en otros ámbitos durante este periodo, la influencia de la religión y del cristianismo no será ajena a la relación médico- paciente. La religión profesada por los habitantes hispano-romanos que poblaban la Península Ibérica junto con la política integradora que propició la paulatina conversión al cristianismo de los pueblos germánicos arrianos durante los siglos V y VII reforzó la posición del obispo de Roma. Sin embargo, como puede deducirse, este hecho no se produjo instantáneamente. Así, durante la primera parte de la Alta Edad Media, como consecuencia lógica de la pervivencia de las instituciones propias del Derecho romano, la asistencia sanitaria será proporcionada por médicos seculares, tal y como atestiguan las leyes visigodas. No obstante, ya durante los siglos VI y VIII, es frecuente que la asistencia sanitaria sea prestada por los sacerdotes, tanto del clero regular como secular¹²⁷.

¹²⁶ GRACIA GUILLÉN, Diego, *Como arqueros al blanco. Estudios de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2004, p. 248, señala que, debido a que las leyes no les son aplicables y ya que tienen en sus manos la vida de los individuos, es necesario que estén dotados de una elevada calidad moral. Refiere que “el médico dice lo que tenemos y no tenemos que hacer, lo que es bueno o malo para nuestra salud y nuestra vida, y de ese modo la normativiza, la regula, siendo una autoridad en la fijación de las costumbres, es decir, en la moral. Pocas disciplinas más normativas que la Medicina. Y por eso también a pocos profesionales se les exige una moralidad tan íntegra como a los médicos [...]”.

¹²⁷ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico-enfermo....*, ob.cit., pp. 135-136, pone de manifiesto que los sacerdotes comenzaron con estas prácticas en los decenios centrales del siglo VI y serán quienes ejerzan un papel fundamental del arte de curar durante esta época. En el mismo sentido

En relación con el tratamiento normativo del fenómeno asistencial en las leyes visigodas, el *Liber iudiciorum* -obra cumbre del Derecho visigodo- pone de manifiesto que el pueblo visigodo había asimilado la concepción romana del bajo Imperio para formular su Derecho. Así por ejemplo, prohibía que los médicos fueran encarcelados salvo en caso de homicidio¹²⁸. Igualmente, prohibía que los médicos visitaran a los presos en las cárceles con el fin de evitar que les suministraran algún bebedizo con el que poder suicidarse antes de la ejecución de la pena¹²⁹.

De otra parte, la totalidad de los monjes y sacerdotes que ejercían la medicina monástica durante la Alta Edad Media, había acogido y asumido plenamente dentro de su concepción cristiana la regla benedictina, en virtud de la cual “el cuidado de los enfermos debe ante todo ser practicado como si dispensándolo a ellos, al mismo Cristo se lo

VICUÑA CASTREJÓN, Begoña, *Entre la curación y la sanación: el médico de cabecera y su relación clínico-humanista con los pacientes*, Erasmus Ediciones, 2009. p. 25. GRACIA GUILLÉN, Diego, *Como arqueros al blanco. Estudios de Bioética*, op.cit, p. 35, en su análisis de la salud y la enfermedad en la historia, refiere que “las instituciones culturales de la sociedad agrícola generaron un determinado tipo de medicina y de asistencia sanitaria, que es el que ha pervivido hasta el siglo XVIII. Una de sus características es su estrecha relación con las instituciones religiosas. Así, por ejemplo, en la mayor parte de estas culturas hubo una medicina claramente sacerdotal, aunque coexistiendo casi siempre con otra secular o laica. La primera tenía más que ver con el manejo de las llamadas enfermedades internas y la segunda con las enfermedades externas o quirúrgicas. Poco a poco, con el paso del tiempo, la primera fue perdiendo influencia a favor de la segunda. En cualquier caso, conviene no olvidar que los hospitales han sido instituciones religiosas hasta bien entrado el mundo moderno”.

¹²⁸ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*. Ed. Ministerio del Interior, 2008, p.34 (nota 45) L. I. 11, 1, 8: “Nullus medicum inauditum, excepta homicidii causa, in custodiam tradat. Pro debito tamen sub fideussore debet consistere”.

¹²⁹ RAMOS VÁZQUEZ, Isabel., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, op.cit, p. 34 (nota 46), L. I,11, 1, 2: “Nullus medicorum, ubi comites, tribun,, aut villici in custodiam retruduntur, introire praesumat sine custode carceris; nec Illia per metum culpae suae mortem sibi ad eodem explorent. Nan si aliquid mortiferum his ab ipsis medicis Batum vel indultum fuerit, multum rationibus publicis deperit. Si quis hoc medicorum praesumpserit, sententiam cum ultione percipiat”.

dispensara”. Cristo se erige de esta forma en modelo de médico¹³⁰. En consecuencia, la expansión del cristianismo avoca a asumir el concepto cristiano de caridad en la práctica sanitaria, de modo que, desde el seno mismo de la concepción cristiana de la vida, la relación entre el médico y el enfermo había de ser entendida como un acto de amor. Esta concepción implicará la introducción de obligaciones religiosas en el facultativo que permitió el desarrollo de una determinada ética médica en detrimento de la ciencia¹³¹. Por otra parte, la expansión del cristianismo también supuso un tránsito en la consideración que se tenía del cuerpo humano, objeto último sobre el que recae la ciencia médica. De este modo, el cuerpo deja de ser visto como algo neutral o indeterminado del mundo natural para transformarse en una realidad lastrada por una fuerte carga ideológica que lo presenta como algo negativo¹³².

¹³⁰ Como señala ¹³⁰ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*....ob.cit, p.101 la reiterada mención del enfermo en los textos del nuevo Testamento es directa unas veces y metafórica otras. Jesús cura milagrosamente a los más diversos enfermos. Un herido -a la postre, un enfermo- es, en la parábola del Samaritano, el representante típico de los hombres frente a los cuales debe ser ejercitada la misericordia. Las palabras de Jesús en el texto escatológico de San Mateo (XXV, 39-40) prescriben del modo más explícito el deber de la asistencia caritativa a los enfermos. “Enfermos” son metafóricamente llamados (Mat. IX, 12; Marc. II, 17; Luc. V, 31) los hombres menesterosos de la salvación que el Evangelio promete.

¹³¹ VICUÑA CASTREJÓN, B., *Entre la curación y la sanación*, op.cit, p. 25 además sintetiza que, fundamentalmente en la Edad Media, por la influencia de las religiones monteístas, se incorporan a los elementos anátomo- fisiológicos de la cultura griega, otros teológico-metafísicos en la interpretación de la enfermedad. En un sentido similar, PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés, “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”..., ob.cit., p. 210, señala que parte de la doctrina considera que “la Edad Media supone un regreso a la concepción deontológica de la responsabilidad del médico, mezclada con abundantes connotaciones religiosas [...]”.

¹³² PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, “La humanización del derecho penal y procesal. Razón y sensibilidad”, *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 7, 1999, p.259 citando a BROWN, Peter, *El cuerpo y la sociedad. Los cristianos y la renuncia sexual*, trad. Antonio Juan Desmonsts, Muchnik Editores, Barcelona, 1993, p.581 señala que “en el

Conviene destacar que, aunque en esta época la asistencia sanitaria pasa a manos sacerdotales, seguirá perviviendo la esencia de la concepción griega de amistad entre sanador y enfermo¹³³. No obstante, dicha relación amistosa debe incardinarse en un nuevo contexto religioso, sociopolítico y cultural, de forma que deberá convivir con la idea cristiana de la caridad y la estratificación propia del sistema feudal. En este sentido, no olvidemos que en el sistema feudal, aunque el médico es hombre libre, se hallaba frecuentemente subordinado al poder señorial.

Durante en el siglo XIII, en plena Baja Edad Media, comienza a gestarse una tímida evolución, de modo que la medicina pasará de ser ejercida por sacerdotes a resultar desarrollada por barberos, curanderos y empíricos laicos, lo que supondrá un correlativo debilitamiento de la medicina monástica o sacerdotal. Esta transformación en el ejercicio de la práctica médica se deberá sobre todo a la influencia y surgimiento de la Escuela de Salerno entre los siglos XI y XIII, primera escuela médica que comienza a recuperar la cultura grecorromana a través de la traducción de textos clásicos. En ella enseñaban profesores griegos, latinos, árabes y hebreos, con el fin de presentar un fondo teórico médico más elaborado¹³⁴. Tal fue el prestigio en el paulatino desarrollo laico de la

pensamiento católico de comienzos de la Edad Media la carne humana emergió como algo tembloroso. Su vulnerabilidad a la tentación, a la muerte, e incluso al placer, era una manifestación, dolorosamente apropiada, de la voluntad cojeante de Adán”.

¹³³ Esta relación de confianza entre ambos queda plasmada en dos textos legales que no resultan próximos en el tiempo. Así, LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico-enfermo...* op.cit, p. 139 señala que “la ya mencionada fórmula de los derechos y deberes del Comes archiatrorum, en la Roma de Teodorico, y la Ordenanza de Federico II acerca de la titulación obligatoria del médico revelan una alta estimación de la medicina e indican, por consiguiente, la inicial confianza del enfermo medieval en quien cómo médico había de tratarle”.

¹³⁴ GARCÍA BRAVO, Paloma., “Las traducciones en la transmisión del legado médico clásico al mundo occidental”, *Hieronymus complutenses: el mundo de la traducción*, nº 11, 2004, p 36.

ciencia médica que la Ordenanza de Federico II de 1224 establecerá la obligatoriedad del título oficial para el ejercicio de la medicina¹³⁵.

No faltan en la historiografía autores que consideran que durante la Edad Media escaso o ningún avance se produjo en lo que respecta a la higiene y a la salud pública¹³⁶. En el siglo XIV y en la primera mitad del siglo XV, Castilla padeció una crisis demográfica de gran magnitud como consecuencia de la peste negra y otras epidemias, que afectaron más a las zonas litorales que al interior, y más a las ciudades que al campo. Tal y como señala la Crónica de Fernando IV, en este periodo llegó a desaparecer a la cuarta parte de la población y no será hasta 1445 cuando comience a notarse un repunte y recuperación demográfica en Castilla¹³⁷. Sin embargo, otro sector doctrinal considera que, aunque los remedios que se aplicaron contra la peste fueron ineficaces, las medidas de higiene social que se adoptaron contra la peste constituyen uno de los logros más importantes de la Edad Media, fundamento de la sanidad pública¹³⁸.

¹³⁵ LAÍN ENTRALGO, P., *La relación médico-enfermo*. op.cit, p. 137 pone de manifiesto que la escuela de Salerno y el surgimiento de las primeras universidades para la enseñanza de la medicina – Montpellier, Bolonia, París, Oxford o Salamanca - se amplió junto con la obra de los traductores de Toledo y los demás centros de penetración de la ciencia greco-arábiga para llegar a la exigibilidad de titulación para el ejercicio de la medicina.

¹³⁶ RESTREPO, Helena E., “Antecedentes históricos de la promoción de la salud...” , ob.cit., p.18 señala que, durante este periodo, surgió el concepto de cuarentena, única medida válida de protección de la salud comunitaria, que se aplicó y continúa aplicándose en nuestros días, a fin de evitar la expansión de epidemias por parte de los viajeros.

¹³⁷ ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político administrativas*, autor editor, 3ª edición, 2003, p.354.

¹³⁸ SCHIPPERGES, Heinrich, *El jardín de la salud...*, op.cit, p. 78-79 señala que se desarrolló un sistema preventivo completo que abarcaba cierres de los puertos, construcción de lugares de aislamiento para los enfermos, cuarentenas, obligatoriedad de comunicar los casos de peste, aislamiento, desinfección de camas, quema de objetos que habían estado en contacto con los enfermos o los muertos, desinfección de hospitales o medidas para sanear las zonas deshabitadas de las ciudades.

En este contexto medieval, tal y como señala LAÍN ENTRALGO, cabe entender que “la paulatina racionalización de las relaciones humanas dio pronto un giro contractual a la confianza -o a la desconfianza- del enfermo en el médico. Por amistosa que sea, la relación médica es un contrato: el paciente o quien por él actúa dan al médico dinero a cambio de unos servicios técnicos que deben ser prestados con alguna garantía para quien los paga¹³⁹. Siguiendo a este autor, podemos destacar diferentes cuerpos normativos que hacen referencia a la idea de la prestación de servicios médicos así como a la relación entre el médico y el enfermo y sus eventuales responsabilidades.

En primer lugar, las leyes visigodas, -dejando al margen las prohibiciones que establecían para los médicos, a las que hicimos referencia con anterioridad - también regulan las eventuales sanciones que podían recaer sobre los médicos, así como su posible responsabilidad. En este sentido, el médico debía fijar sus honorarios antes de iniciar el tratamiento y además, depositar fianza. En caso de que el paciente muriera, el médico no tenía derecho a percibir sus honorarios, aunque sí podía retirar la fianza que había depositado. Respecto a los errores técnicos, estos eran castigados de forma diversa, dependiendo fundamentalmente de sobre quien recayeran¹⁴⁰.

¹³⁹ LAÍN ENTRALGO, P., *La relación médico-enfermo...*, op.cit, p.140.

¹⁴⁰ LAÍN ENTRALGO, P., *La relación médico-enfermo...*, op.cit. p.141, señala que por una sangría mal hecha, se penalizaba con una multa de 150 sueldos. Por la muerte de un siervo, se penalizaba con la entrega de otro y, por la muerte de un hombre libre, la pena se traducía en ser entregado al arbitrio de la familia. En cambio, la pena por la práctica de una sangría a una mujer libre sin que estuvieran presentes siervas o esclavas, era de diez sueldos, ya que no se consideraba difícil que, en tales ocasiones, pudiera tener lugar un ultraje, en el sentido de burla o escarnio al hallarse a solas el médico y la mujer (Libro XI, tit I “*difficillimum non est, ut interdum in tali occasione ludibrium adhaerescat*”).

Cuando Fernando III en el siglo XIII recupera los reinos musulmanes del sur peninsular, con la notable excepción de Granada, irá considerando la conveniencia de otorgar un Derecho general para el reino de Castilla, otorgando el mismo fuero municipal a todos ellos, unificándolo. Ese fuero local que les concede, siendo el mismo para todos, no va a ser otro que el *Liber Iudiciorum* visigodo romanceado, conocido como Fuero Juzgo, que recogerá las mismas disposiciones¹⁴¹. Asimismo, para dotar de continuidad a la obra que inició su padre Fernando III, Alfonso X promoverá una extensa obra legislativa. A nuestros efectos, destacan el *Fuero Real* y las *Partidas*, pues en ellos también existen continuas referencias a los servicios médicos. Alfonso X, consciente de que el sur peninsular tenía un Derecho más elaborado, quiso uniformizar el Derecho local fragmentado del reino de Castilla y las zonas centrales de la Península -hasta entonces regidas por fazañas y fueros altomedievales- con un Derecho de alcance territorial. El Fuero Real¹⁴² regulará los servicios médicos bajo el título “De los físicos e de los maestros de las llagas”¹⁴³, que a su vez está dividido en dos leyes diferentes. Respecto a la primera de ellas¹⁴⁴ viene a formular la necesidad

¹⁴¹ LAÍN ENTRALGO, P., *La relación médico-enfermo...*, op.cit, p. 141 “Si algun físico sangrare alguno me libre, si enflaqueciere por sangría, el físico debe pechar C e L sueldos. E si muere, metan al físico en poder de los parientes que fagan del lo que quisieren. E si el siervo enflaqueciere o muere por sangría, entregue otro tal siervo a su sennor” (Libro XI, ley VI antigua).

¹⁴² Alfonso X con el mandato de redacción del Fuero Real lo que pretende es que éste sea utilizado del mismo modo que su padre utilizó el Fuero Juzgo. Es decir, su pretensión se centraba fundamentalmente en asignar un fuero a cada territorio, en modo alguno pretendía concederlo a nivel general.

¹⁴³ PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés., “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”,... op.cit, p.210.

¹⁴⁴ Libro IV, Título XVI, Ley I: “ Ninguno me non obre de fisica, si non fuer ante provado por buen fisico por los otros buenos fisicos de la villa ó oviere de obrar, et por otorgamiento de los alcalles: et sobreseo aya carta testimonial de concejo: et esto mismo sea de los maestros de las llagas: et

de que el alcalde permita que los médicos ejerzan como tales con el consenso del resto de los compañeros de profesión dentro de la villa correspondiente. Asimismo, se establece la necesidad de que, para realizar cualquier actuación médica - tajar, coser, sacar hueso, quemar, dar medicina o remedio y hacer sangrar- la mujer debe contar con el permiso del marido, padre, madre, hermano, hijo o pariente más próximo. En este sentido, podríamos vislumbrar aquí las raíces remotas de una suerte de consentimiento para llevar a cabo la actividad médica, si bien en este caso no basado en el principio de autonomía del paciente sino en la sumisión marital propia de la época. Por otra parte, si la actuación clínica se llegara a llevar a cabo sin contar con dicho permiso se penalizará con el pago de diez maravedíes al marido si está casada o al pariente más próximo, en caso contrario. Finaliza señalando que, si se produce la muerte o se lisa a cualquier hombre o mujer, su *aver* – herencia probablemente - se entregará a sus hijos y, en su defecto, al rey. Mientras, la segunda referencia normativa¹⁴⁵ establece que el enfermo no podrá recuperar los honorarios invertidos en la intervención si el médico se comprometió a sanar y no lo hace y el enfermo muere o si se comprometió a sanar en un plazo determinado y tampoco lo cumple.

ninguno dellos non sea osado de tajar, nin de fender, nin de sacar hueso, nin de quemar, nin de melecinar, en ninguna guisa, nin de facer sangrar a ninguna muger sin mandado de su marido, o de su padre, o de su madre, o de su hermano, o de su fijo, o de otro pariente propinco; et si alguno lo ficiere, peche x maravedis al marido si la muger fuere casada, si non al mas propinco pariente que oviere: et si alguno obrare ante que fuer provado e otorgado, asi como sobredicho es, peche ccc sueldos al rey, e si matar o lisiar a ome o a muger, el cuerpo e lo que oviere sea a merced del rey, si fijos non oviere: et si fijos oviere, hereden sus fijos el aver, e el cuerpo sea a merced del rey”.

¹⁴⁵ Libro IV, Título XVI, Ley II: “Sy algun fisico o maestro de llagas tomare alguno en guarda a pleyto que lo sane, e ante que sea sano moriere de aquella enfermedad, non pueda demandar el precio que avie tajado: et eso mismo sea si puso de lo sanar a plazo señalado, e non lo sanó”.

El Fuero Real encuentra sus influencias en el Fuero Juzgo y en otros fueros del antiguo Derecho castellano, consecuencia lógica de su intento por superar el localismo jurídico de Castilla, tratando de elaborar un texto con normas propias actualizadas, no con normas ajenas. En cualquier caso, dicha norma no llegó a triunfar durante un período extenso de tiempo debido a que fue rechazada tanto por la nobleza como por los concejos, al entender que con ella se estaba discriminando a los antiguos derechos de los concejos.

Siguiendo a ESCUDERO, es posible señalar que la culminación de la recepción del Derecho común en Castilla se produce entre 1256 y 1265 con las Siete Partidas, posiblemente el código más importante de la historia del Derecho español que, además, constituye una verdadera obra humanística y doctrinal, a pesar de alcanzar valor oficial hasta la promulgación del Ordenamiento de Alcalá en 1348 por Alfonso XI¹⁴⁶. Siendo tal la importancia de dicha obra, resulta significativo que recoja referencias normativas sobre la actividad médica, máxime si tomamos conciencia de que su influencia perdurará incluso hasta después de la promulgación del Código Civil en 1889, no resultando infrecuente que se sigan refiriendo a las Partidas como un carácter informativo dentro de la aplicación práctica del derecho. En este sentido, las Siete Partidas contienen diversas referencias a la regulación de la actividad médica¹⁴⁷. En primer lugar, se regulan las penas a aplicar a aquellos médicos que

¹⁴⁶ ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho...*, op.cit, p.450. Las Partidas se constituyen como una obra que engloba el saber medieval mediante el aprovechamiento y recuperación de la cultura grecolatina, textos bíblicos, patrística, escolástica y, obviamente, normas jurídicas. Es importante señalar que, emulando al Digesto, las Partidas están divididas en siete partes, y recogen las fuentes romano-canónicas del derecho común: *Corpus Iuris*, Decretales, los glosadores y comentaristas, así como las feudales de los *Libri Feudorum*.

¹⁴⁷ PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés., “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”, ...,op.cit, p.210.

fingen serlo o que no tienen tal nivel de conocimiento como asegura su título “*como los físicos e los curujanos, que se meten a sabedores, e non lo son, merecen auer pena, si muriese alguno por culpa dellos*”¹⁴⁸. Bajo este título se constituyen diferentes regímenes de responsabilidad, y no sólo para médicos y cirujanos, que varían según la clase social a la que pertenezca éste. Así, se establece una pena de destierro de cinco años para aquellos médicos y cirujanos que causen daño y provoquen la muerte al enfermo, pero en el supuesto de que el enfermo fallecido por negligencia médica fuera un siervo, habrá de indemnizar a su señor aquello que determine un tribunal de notables, de hombres buenos. En el caso de los farmacéuticos, se establece la misma pena que para el homicidio, si administran medicinas sin receta médica y, como consecuencia de ello, se produce el fallecimiento del paciente. En este sentido, constituye una constante normativa la obligación del médico de resarcir los daños provocados por

¹⁴⁸ Ley VI, Título VIII, Partida VII: “*Metese algunos omes por mas sabedores de lo que non saben, ni sin, en fisica, e en cirugia. E acaece a las vegadas que porque non son tan sabedores como fazen la demuestra, mueren algunos enfermos, o llagados por culpa dellos E dezimos por ende que si algún físico diesse tan fuerte melezina, o aquella que non deue a algún ome o muger que tuviesse en guarda, si se muriese el enfermo, o si algún çurujano fendiesse algún llagado, o lo aserrasse en la cabeça, o le quemasse nervios, o huesos de manera que muriese por ende, o si algún ome, o muger, diesse yeruas o melezina a otra muger porque se empeñasasse, e muriese por ello, que cada uno de los que tal yerro fazen debe ser desterrado en alguna ysla por cinco años, porque fue en grand culpa trabajandose de lo que non sabia tan ciertamente como era menester, e de cómo fazia muestra, e demas deuele ser defendido que non se trabaje deste menester. E si por aventura el que muriese por culpa del físico, o del çurujano fuesse siervo, debelo pechar a su señor según alvedrio de omes buenos. Pero si alguno de los físicos, o de los çurujanos a sabiendas, e maliciosamente fiziessen alguno de los terros sobredichos deven morir por ende. Otrosi dezimos de los boticarios que dan a los omes a comer o a beber escamonea, o otra melezina fuerte, sin mandato de los físicos, si alguno baviendola se muriese por ello, debe auer el que la diesse pena de omicida*”.

culpa o falta de conocimiento¹⁴⁹. Pero las Partidas no sólo regulan penas para quienes aseguren tener conocimientos técnicos de los que carecen, sino que también se encargan de sistematizar el daño ocasionado por los médicos a enfermos libres y esclavos, el abandono del paciente una vez comenzado el tratamiento así como las penas en caso de que se produzca su fallecimiento¹⁵⁰.

4.- EL PRINCIPIO DE BENEFICENCIA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS: DESDE EL RENACIMIENTO HASTA EL SIGLO XIX

4.1.- Del Renacimiento a la Ilustración: antropocentrismo y secularización

El análisis de la prestación de servicios médicos durante los siglos XVIII y XIX a los que nos referimos a continuación implica realizar un estudio continuado en dos épocas históricas diferentes: de un lado, la visión que se tiene de los servicios médicos durante el siglo XVIII, a finales de la Edad Moderna, momento en el que se gesta el verdadero

¹⁴⁹ Ley X, Título VIII, Partida V bajo el título *“como los oreces e los otros menestrales son tenudos de pechar las piedras e las otras cosas que quebrantaren por su culpa, o por mengua de sabiduría”*.

¹⁵⁰ PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés., “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”, op.cit, p.210 se refiere así a la Ley IX, Título XV, Partida VII: *“Físico y cirujano, o albéitar, que tosiere en su guarda sieruo, o bestia, de algund ome, e la tajasse, o la quemasse, o la amelezinasse, de manera que por el amelezinamiento que le fiziesse muriesse el sieruo, o la bestia, o tincase lisiado; tenudo seria cualquier dellos, de faceremienda a su señor, del daño que le viniere, por tal razon como esta, en su sieruo o en su bestia. Esso mismo seria, quando el Físico, o el cirujano, o el albéitar comencasse a melezinar el ome o la bestia, e después lo desamparasse. Ca tenudo seria de pechar con el daño, que acaeciese por tal razon como esta. Pero si el ome que muriesse por culpa del Físico, o del Curujano, fuesse libre, entonces, aquel por cuya culpa muriesse, deue auer pena segund aluedrio del Judgador”*.

caldo de cultivo de la ideología transformadora y decisiva de las revoluciones liberales que romperá con las estructuras económicas, políticas y sociales propias de la época anterior; de otra parte, a comienzos de la Edad Contemporánea, la prestación de servicios médicos no será ajena al convulso siglo XIX, que favorecerá que la práctica médica se configure definitivamente en su vertiente científica, ayudando además con decisivos descubrimientos y avances médicos.

No obstante, antes de entrar a analizar las consecuencias que en la relación médico-paciente y su configuración jurídica tuvo el despertar de la revolución industrial durante la segunda mitad del siglo XVIII y su posterior desarrollo, resulta preciso realizar unas consideraciones iniciales sobre la transición desde la Baja Edad Media hasta el inicio de este momento histórico. Como señalamos antes, durante el período bajomedieval la práctica médica sacerdotal fue decreciendo en favor de su ejercicio por parte de laicos como barberos, curanderos y empíricos. Esta circunstancia, al margen de la influencia de la Escuela de Salerno, también se producirá en parte como consecuencia de la prohibición a los monjes y clérigos del estudio de la medicina durante los siglos XI y XII¹⁵¹ lo que favoreció, aún más si cabe, el inicio del desarrollo de la práctica médica progresivamente más laica.

Ya en los siglos XV y XVI, durante el Renacimiento, se produjo un cambio de mentalidad de las circunstancias del hombre en el mundo, lo

¹⁵¹ SCHIPPERGES, Heinrich, *El jardín de la salud...*, ob.cit., 1987, p. 133 pone de manifiesto que, no solamente se prohíbe a los clérigos y monjes el estudio de la medicina, sino también de todas las ramas del derecho que no sean el derecho canónico, plasmándose dicha prohibición en los Decretales de Gregorio IX en la versión del papa Alejandro III. En la misma línea, LÁZARO, José y GRACIA, Diego, "La relación médico-enfermo a través de la historia"...ob.cit., p.12, señalan que, en la ciencia médica, dichas prohibiciones fueron particularmente dirigidas a la realización de técnicas quirúrgicas, por el riesgo de que los monjes se vieran involucrados en intervenciones con resultado de muerte.

que desembocará en el antropocentrismo: el hombre empieza a basar su conocimiento en el descubrimiento de la realidad a través de su experimentación y sus propias facultades cognitivas. Se potencia el proceso secularizador iniciado con anterioridad, como consecuencia de la emancipación de la lógica con respecto a la teología y del propio objeto de estudio, que se centra en la Medicina y el Derecho y no en aspectos teológicos. Asimismo, durante esta época hay una pérdida del valor del legado de épocas anteriores, manipulado por versiones, comentarios e infinidad de traducciones, por lo que los humanistas procurarán iniciar un proceso de reconstrucción en este punto¹⁵².

La administración sanitaria se centraliza durante el siglo XVI en la institución del *Real Tribunal del Protomedicato*, órgano más importante de la sanidad española a lo largo de la edad moderna y cuya actuación comprende el periodo de 1477 a 1822¹⁵³. Esta institución, que tuvo su origen en Castilla, comienza a aparecer regulada en las Leyes de Toro de 1505¹⁵⁴ que resultarán de vital importancia pues regían todos los aspectos sanitarios del reino, teniendo competencia para emplazar a los profesionales y capacidad para conocer y enjuiciar las causas civiles y

¹⁵² GARCÍA BRAVO, Paloma., “Las traducciones en la transmisión del legado médico clásico al mundo occidental...”, ob.cit p 38.

¹⁵³ VIÑES, José Javier, *La sanidad española en el siglo XIX a través de la Junta Provincial de Sanidad de Navarra (1870-1902)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006, p. 40.

¹⁵⁴ CAMPOS DIEZ, María Soledad, *El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV-XIX)*, Ediciones Universidad de Castilla-la Mancha, 1999, p. 25 señala que, ya en las Leyes de Toro, aparecen las primeras reglamentaciones que regulan aspectos muy concretos sobre el particular. Dichas normas resultan de especial relevancia, pues interfieren en el ejercicio sanitario haciendo depender de la administración central la concesión de licencias para examinar al establecer que “*Otrosy porque nos dixieron que la nuestra chancelleria non estava bien ordenada asy como cumplía, tenemos por bien dela ordenar enesta manera: ... Carta de fisico que sea examinado en la nuestra corte e lieva carta para que pueda examinar...de mr. Otro tal de Cilugiano... de mr*” (Cortes de Toro, 1371, pet 8, C.L.C: II: 227).

criminales por los excesos cometidos en el uso de sus oficios. Más tarde la Ley Fundamental del Tribunal del Protomedicato de Castilla de 1567 designará órgano encargado de examinar a quienes pretendían ejercer la profesión sanitaria, y para evitar y perseguir el intrusismo¹⁵⁵. El ordenamiento le confería autoridad máxima para sentenciar sin más posibilidad de apelación que ante el propio tribunal¹⁵⁶.

Más tarde, la *Nueva Recopilación de 1567*, sobre la base del Ordenamiento de Montalvo de 1484 y corrigiendo y aumentando leyes anteriores, entre ellas las Leyes de Toro, también hará mención a la figura del Protomedicato¹⁵⁷. La misma referencia sobre dicha institución

¹⁵⁵ El Protomedicato extenderá su competencia a físicos, cirujanos latinos o romancistas y a boticarios, con un desarrollo reglamentado por las pragmáticas de 1588 y 1593 de Felipe II, colaborando en la limpieza de sangre con el Santo Oficio, ya que se prohibió acceder a los exámenes del Protomedicato a los judíos y a los conversos y de este modo al ejercicio del arte de curar. Le resultaba dificultoso extender su actuación a otros territorios de los reinos de España por lo que se mantenían formas de examinar y controlar el ejercicio sanitario, por otros mecanismos menos investigados hasta el momento, como pueden ser las justicias locales; pero Cataluña y Aragón disponían de tribunales propios hasta que la introducción del régimen absolutista borbónico con Felipe V se centraliza, y unifica el Protomedicato de Castilla a través de subdelegaciones, extendidas a Aragón, Cataluña, Valencia, Murcia, Galicia y otros territorios (VIÑES, José Javier, *La sanidad española en el siglo XIX...*, ob.cit. pp. 40 y 41)

¹⁵⁶ GONZÁLEZ LOZANO, Regina María del Carmen y ALMEIDA LÓPEZ, María Guadalupe., "El Protomedicato" en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.) *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 310, recoge que en la Ley fundacional de 30 de marzo de 1477 se establece que "*Otrosi mandamos a los dichos físicos y cirujanos y a las otras personas de suso declaradas, que parezcan ante nuestros dichos Alcaldes, y Examinadores Mayores, y ante cada uno de ellos, cada y cuando fueren llamdos, y emplazados por sus cartas, o por su portero, so pena de seiscientos maravedís por cada vez que cada uno fuere llamado, y fuere rebelde o contumaz, y no pareciere ante ellos, o cualquier dellos: De la cual dicha pena, assi mismo hazemos Nuestra Merced a los dichos Alcaldes, y Examinadores Mayores, y a cada uno dellos*".

¹⁵⁷ El Libro III, Título XVI, referido a los "Proto-medicos examinadores, i de su jurisdicción" regula que "(...) *antes de recibirse los Medicos, Cirujanos, Boticarios, i los demas que se emplean en la curacion de las enfermedades, como grados, passantía, practica, i fees de Bautismo, sea unico, i privativo el*

permanecerá incluso en la Novísima Recopilación de 1805 que, además, contempla las cuestiones de los pleitos contra los médicos¹⁵⁸, estableciendo que serán los Alcaldes Mayores los que fallaran sobre el fondo del asunto.

A finales del siglo XVII, con el inicio del pensamiento liberal y la Ilustración, se consolidará una nueva tendencia sobre la visión del hombre en el mundo y se concibirá al ser humano como sujeto de derechos. Ya durante el siglo XVIII, este tímido inicio comenzaría a desarrollarse en un contexto de secularización en el seno del conjunto de la sociedad occidental. Esta circunstancia tendrá un carácter decisivo, pues favorecerá el surgimiento de la medicina científica que, ya durante el siglo XIX, se convertirá en medicina técnica. En consecuencia, frente a la concepción cristiana de la enfermedad y de la relación médica, basada en el amor y la caridad, se produce durante este periodo un proceso secularizador que potenciará el desarrollo de la medicina como ciencia técnica. No obstante, no debemos olvidar que la relación médico-paciente no perderá la perspectiva de la amistad entre ambos sujetos basada en la *philia* griega que ampara el paternalismo médico. Tal y como hemos señalado, la práctica de la medicina sacerdotal va decreciendo, dejando paso a su transformación dentro del proceso de secularización. La idea del pensamiento liberal, cuyos incipientes comienzos se producirán en el siglo XVI, comienza a progresar de forma que los valores renacentistas de

conocimiento del Proto-Medicato, i sin apelación, o recurso al mi Consejo, ni de oficio ni a querella de parte (...)”.

¹⁵⁸ Libro VIII, Título X, Ley I “*Otrosí es nuestra merced y voluntad, que si algun pleyto civil y criminal acaeciére sobre los dichos oficios entre los dichos Físicos y Cirujanos y ensalmadores, y Boticarios y especieros, y los otros que en todo ó en parte usaren oficio a estos oficios anexo y conexó, quier leyendo ellos actos quier reos, los dichos nuestros Alcaldes Jueces mayores, y cada uno dellos por si in solidum, lo vean y determinen según fallaren por fuero y por Derecho; de las queales sentencia o sentencias no haya alzada ni apelación alguna, salvo ante los dichos Alcaldes o ante quealquier dellos, por quanto nuestra merced y voluntad es, que los dichos Alcaldes y cada uno dellos sean Alcaldes y Examinadores mayores, según dicho es*”.

secularización se van afianzando. Va así prosperando la idea antropocéntrica del poder del hombre para dominar la naturaleza y la estimación por la vida terrenal es cada vez mayor. Así las cosas, frente a la idea de caridad cristiana imperante en la época anterior, el Estado moderno, no unitariamente confesional y políticamente pluralista, persiguirá el respeto al prójimo como norma de convivencia. Ello supone un cambio cualitativo frente a épocas anteriores puesto que conllevará compromisos del médico con su paciente a través de un sistema de reglas prácticas a seguir, recopilados en códigos deontológicos¹⁵⁹.

En consecuencia, más allá de las normas comunes que establecían una regulación para los casos de discrepancias y problemas en el seno de la relación entre el médico y el paciente, surge en este concreto ámbito el nacimiento de una incipiente autorregulación a través de los códigos de conducta. Tal y como sucede en la actualidad, los códigos de conducta ponen de manifiesto el compromiso de los miembros de un determinado sector para dotarse de normas propias que les permitan resolver el conflicto, sin necesidad de acudir a los tribunales. Probablemente en esta época histórica, la necesidad de dotarse de tales códigos vino dada por el desbordamiento, confusión y pluralidad normativa presente en el momento.

Los preceptos morales en los que están basados los códigos de conducta son aun herederos de la época hipocrática y, en consecuencia, el fundamento último de la relación médico-paciente sigue siendo la

¹⁵⁹ VICUÑA CASTREJÓN, Begoña, *El médico de cabecera al inicio del siglo XXI: entre la curación y la sanación*, Tesis doctoral, Madrid, 2006, p. 22. Disponible en: <https://eciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/569/TESIS%20VICU%C3%91A.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (último acceso 23 de octubre de 2015).

amistad entre ambos, basada en la *philia* griega¹⁶⁰. Así, la aparición del médico humanista, erudito, polígrafo, con amplios conocimientos de la lengua griega, será el responsable de las nuevas versiones latinas, acompañadas de comentarios críticos en torno a las figuras de Hipócrates y Galeno¹⁶¹. Este espíritu se recogerá en el primer gran código de conducta de ética médica, el *Medical Ethics* de Thomas Percival, publicado en 1803. Siguiendo esta línea iniciada por este primer gran código¹⁶², se elaboraron otros tantos por colegios y asociaciones profesionales, para poder constituir el principal instrumento de defensa de los valores y los privilegios tradicionales de la clase médica¹⁶³.

Esta transición hacia una nueva forma de enfocar la relación entre el médico y el paciente, que considera al enfermo como un ser adulto, maduro y capaz de recibir información para tomar decisiones acerca de su salud, fue sido plasmada progresivamente en la literatura científica del

¹⁶⁰ LAÍN ENTRALGO, Pedro., *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*. Revista de Occidente, Madrid, 1964. p. 200 señala que la filantropía sigue siendo auténtica amistad, amorosa procura del bien del amigo por el amigo mismo. En la visión secularizada de la relación amistosa se acentúa muy claramente el respeto a la intimidad del amigo.

¹⁶¹ GARCÍA BRAVO, Paloma., “Las traducciones en la transmisión del legado médico clásico al mundo occidental”,... ob.cit. p. 39.

¹⁶² VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto*, Tesis doctoral, Madrid, 2013, p. 40. Disponible en <http://eprints.ucm.es/22850/1/T34732.pdf> (último acceso 23 de diciembre de 2015). Este Código titulado *Medical Ethics* se encuentra dividido en cuatro apartados: conducta profesional relativa a los hospitales; conducta profesional en la práctica privada o pública; conducta de médicos y boticarios y, por último, relacionado con las obligaciones del profesional que requieran conocimientos de la ley. Entre sus propuestas más importantes sobre la obligación del médico en su relación con el paciente podemos observar: el deber de unir ternura y firmeza en su actuar profesional y condescender con autoridad, para inspirar gratitud, respeto y confianza a sus pacientes y el deber de ser ministro de esperanza y alivio del enfermo. Este último deber, implica la potestad del médico de no decir la verdad al enfermo, en caso exista riesgo de deterioro de su salud a causa de la misma.

¹⁶³ LÁZARO, José y GRACIA, Diego., “La relación médico-enfermo a través de la historia”. ..., op.cit. p. 12 y 13.

siglo XVIII. Como principales autores destacaremos, aparte de a Thomas Percival, a John Gregory y su discípulo Benjamin Rush: el primero acepta en su obra la obligación de beneficencia del médico respecto del paciente, introduciendo en el pensamiento de la medicina moderna un elemento fundamental como el deber de información al paciente, entendido como el derecho que tiene el enfermo a hablar cuando se trata de su salud y su vida, a excepción de los casos en que la comunicación veraz represente un grave riesgo para su salud. Mientras, para su discípulo Benjamin Rush el enfermo es quien debe decidir tras haber recibido la información proporcionada por el médico, pues considera que la veracidad es buena para el paciente. Por tanto, aunque el principio de beneficencia deja su impronta hasta mediados del siglo XX, ya durante el siglo XVIII, el tímido reconocimiento del derecho a la información veraz contribuye al cuestionamiento progresivo del paternalismo médico¹⁶⁴. Como hemos venido afirmando, a partir del siglo XVIII, como fruto de la creciente secularización de la sociedad, la relación médica también cambia de estructura debido al avance técnico de las ciencias médicas. El enfermo empieza a sentir la necesidad de que se le considere como persona y no como mero objeto de experimentación lo que constituirá lo que LAÍN ENTRALGO denominará la *rebelión del sujeto*, tanto respecto al médico como respecto a las estructuras sociales que permiten una situación discriminatoria y negligente con respecto al enfermo¹⁶⁵. No obstante, estos tímidos avances en textos pioneros no deben dejar una falsa impresión. La relación médico-paciente seguía inspirada en el

¹⁶⁴ VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto*,...op.cit. p. 39.

¹⁶⁵ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico- enfermo. Historia y teoría*... p. 214. Cfr. también GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Benjamín, "Reseña de la obra de Pedro Laín Entralgo aparecida en 1964, *La relación médico-enfermo*. Madrid: Revista de Occidente", *Revista de Sociología*, Vol 6, 1997, p. 217.

principio de beneficencia con una importante impronta de paternalismo médico, situación que no variará hasta el siglo XX

4.2.- El principio de beneficencia en el siglo XIX

4.2.1.- Regulación decimonónica de la actividad médico-sanitaria en España

Durante esta época el médico sigue siendo considerado un árbitro de la vida del hombre debido probablemente a la visión obtenida desde la perspectiva del principio de beneficencia aun imperante. El médico cree que ha de ejercer en régimen de monopolio la alta misión que le ha sido confiada, rigiéndose por sus propios códigos de ética profesional, obligándose a respetar el secreto médico y cobrando por su actuación unos honorarios que él mismo fija libremente. Es muy característica de este periodo la concepción de la medicina como una profesión de ejercicio liberal¹⁶⁶.

Desde el punto de vista jurídico-público, el primer intento de regulación del fenómeno sanitario para propiciar técnicas de intervención pública en los problemas de salud de la colectividad lo constituyó el frustrado proyecto de Código Sanitario de 1822. Más tarde, se aprobará la Ley de 28 de noviembre de 1855, que consolida la Dirección General de Sanidad, creada muy pocos años antes. Esta Ley extenderá su vigencia durante una larguísima época, aunque no en razón a sus excelencias, sino a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre un nuevo texto de Ley sanitaria, cuya formulación se ensaya sin éxito con reiteración durante los últimos años del siglo XIX y primeros del XX. Ante la imposibilidad de sacar adelante una ley nueva, la reforma siguiente se establece por Real Decreto de 12 de enero de 1904, que aprueba la Instrucción General

¹⁶⁶ LÁZARO, José y GRACIA, Diego, “La relación médico-enfermo a través de la historia”..., op.cit., p.12.

de Sanidad, norma que apenas si alteró el dispositivo de la organización pública al servicio de la sanidad¹⁶⁷.

Así, a comienzos del siglo XIX, se promulga la *Novísima de Recopilación* de 1805, que bajo el título “De los médicos, cirujanos y barberos”, recoge una serie de aspectos relativos al intrusismo del médico y boticario y al ejercicio de la medicina sin licencia, infracción para la cual establece una pena pecuniaria¹⁶⁸. En el siglo XIX, los médicos generales y especialistas así como los cirujanos se integran en la clase burguesa, asumiendo los valores tradicionales de la profesión. Probablemente el gran defecto de la Novísima Recopilación como texto jurídico fue no estar a la altura del tiempo en que fue elaborada. El cuerpo legal -del que se han criticado abundantes insuficiencias y contradicciones tales como omisión de leyes, repetición o cita inexacta de autores- no sólo reproducía en buena parte el texto de la Nueva Recopilación de 1567, sino que además consagraba ésta como Derecho supletorio¹⁶⁹. Repárese que un año antes se promulgaba en la Francia napoleónica el *Code civil* de 1804, inaugurando así el proceso codificador como técnica de sistematización de los textos legales. Frente a esta realidad, el ordenamiento español seguía anclado en la vieja técnica de las recopilaciones legislativas que, al no constituir una única ley sino una colección de varias de ellas, adolecía de escaso orden y generaba confusiones al compilarse leyes derogadas o normas contradictorias entre

¹⁶⁷ Cfr. VIÑES, José Javier, *La sanidad española en el siglo XIX...*, ob.cit. pp. 69-76, así como la exposición de motivos de la vigente Ley General de Sanidad de 1986.

¹⁶⁸ Libro VIII, Título XI, Ley V: “*Porque muchos Médicos y Cirujanos curan sin tener licencia para ello, por ser poca la pena que les está puesta, y no aplicarse parte a las Justicias, mandamos, que el Médico o Cirujano que curare sin tener carta de exámen, por cada vez que lo hiciere incurra en pena de seis mil maravedís...*”.

¹⁶⁹ ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho...*, 2003, p.696.

sí. Esta situación provocará que, durante buena parte del siglo XIX, se viniera aplicando este Derecho del Antiguo Régimen pues, incluso tras la promulgación del Código Civil a finales de siglo, no será infrecuente la remisión incluso a las Partidas con carácter informativo en la aplicación práctica del Derecho.

Así las cosas, durante este periodo y hasta la promulgación del Código Civil en 1889, estará vigente la Novísima Recopilación, sin perjuicio del incipiente desarrollo de los códigos de ética profesional, de vital importancia en este ámbito. En este sentido, la Novísima Recopilación dedica el Título XI, Libro VIII, a los “Médicos, Cirujanos y Barberos”, exigiendo para poder ejercer libremente la medicina haber cursado estudios médicos así como haber realizado prácticas durante un periodo de dos años, fijando penas de inhabilitación ante su posible incumplimiento¹⁷⁰. Requisitos más específicos son necesarios para ejercer la cirugía recogidos en el Título XII relativo a “Cirugía, su estudio y ejercicio”, pues simplemente para matricularse en los colegios de cirugía, debía acreditarse, entre otros, limpieza de sangre¹⁷¹, buena vida y

¹⁷⁰ Libro VIII, Título XI, Ley IV relativa a la pena del médico que curare en algun pueblo ó partido sin los requisitos que se previenen. *“Mandamos, que las universidades de estos nuestros Reynos, y Protomédicos no puedan suplir ni suplan en todo ni en parte el tiempo de los dos años, que por leyes destos nuestros Reynos está ordenado practiquen los que han de ser graduados en Medicina; ni ellos curen, no habiendolos practicado enteramente: y que sean obligados á presentar ante la Justicia y Ayuntamiento de la ciudad, villa o lugar o partido donde hubieren de residir, el título de su grado, y testimonio de haber practicado este tiempo: lo cual mandamos, se entienda ansimismo con los que se graduaren fuera de estos Reynos; so pena que el que de otra manera curare, por el mismo caso sea suspenso por tiempo de ocho años, para que durante ellos no pueda curar ni cure, so las penas en que incurren los que usan semejantes oficios sin tener facultad para ello”*.

¹⁷¹ Este requisito de limpieza de sangre resultaba un criterio para discriminar a las minorías conversas. HERING TORRES, Máx Sebastián, “Limpieza de Sangre, ¿Racismo en la Edad Moderna?”, *Tiempos modernos: Revista electrónica de Historia Moderna*, Vol 4, nº 9, 2003, p. 2, señala que tras la persecución de los judíos en 1391, gran parte de ellos consideró como

costumbres, así como estudios de Latinidad, Lógica y Física Experimental o bien Filosofía Escolástica¹⁷². Las penas que continúa estableciendo la Novísima Recopilación para los cirujanos eran en su mayoría estrictas, quizá por la delicada situación del paciente sobre el que recae la práctica quirúrgica: cuando ejerzan la cirugía sin los requisitos establecidos anteriormente, la primera vez se le impondrá una multa, que será del doble la segunda vez junto con destierro a diez leguas del pueblo. Si aun así repiten esta práctica una tercera ocasión, se les exige multa, además del presidio de África o América¹⁷³.

El transcurso desde la Nueva Recopilación de 1805 hasta la promulgación del Código Civil de 1889 se producirá de forma convulsa, por la reticencia de los territorios forales ante el miedo a perder sus Derechos civiles así como por la fuerte resistencia de la Iglesia Católica, que vio como en los distintos proyectos de Código Civil perdía gran parte

única posibilidad de supervivencia la conversión al cristianismo, bien de forma voluntaria, bien de forma impuesta. Sin embargo, se difundió rápidamente una tendencia excluyente contra ellos en numerosas instituciones españolas, con el fin de impedirles el acceso a instituciones del poder y del saber.

¹⁷² El Título XII, Libro VIII, Ley X comienza señalando en su apartado I que *“Todos los que pretendan matricularse en los Colegios de Cirugía han de presentar en el mes de Agosto su fe de bautismo, acompañada de la información de limpieza de sangre y de su buena vida y costumbres, recibida ante la Justicia del pueblo de su naturaleza con intervención del Síndico Procurador del mismo”*.

¹⁷³ El Título XII, Libro VIII, Ley XII, en su apartado tercero y cuarto dispone lo siguiente: *“En las leyes del Reyno y en varios Reales decretos estan prescriptas las penas que deben imponer las Justicias a los que sin el competente título ejercieren la Cirugía, y señaladamente en mi Real Cédula expedida a consulta del mi Consejo en 12 de mayo de 1797. Conforme pues a lo dispuesto en ella mando, que los transgresores en esta parte sufran por la primera vez la multa de cincuenta ducados; doble por la segunda, con destierro del pueblo de su residencia, de Madrid y Sitios Reales diez leguas en contorno; y que si incurrieren tercera vez, se les exija la multa de doscientos ducados, destinándolo a uno de los presidios de África o América. El interés de la salud pública, la equidad y el bien orden exigen, que los intrusos en la Cirugía sean castigados ejecutivamente, para evitar los gravísimo daños que causan a la humanidad los que exercen tan importante Facultad, sin la instrucción y aprobación competentes (...)”*.

de su poder político y económico. Finalmente, el Código Civil optará por no consagrar ninguna norma relativa a la responsabilidad civil médica, sino que, arrastrado por la corriente codificadora de la época, consagrará una fórmula general de responsabilidad extracontractual o aquiliana. Esta ausencia de regulación no es del todo sorprendente puesto que la responsabilidad civil médica como tal, no es contemplada por ningún sistema jurídico de corte continental, centrando dichos ordenamientos sus sistemas de responsabilidad civil en la culpa, sin tomar en consideración la actividad de que se trate, ni para la actividad médica ni para ninguna profesión de carácter liberal¹⁷⁴. Así, el artículo 1.902 CC, se basa en la culpabilidad y exige del paciente la demostración de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no-sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo.

Se ha puesto de manifiesto que el rasgo característico de la medicina contemporánea ha sido la introducción del sujeto en el pensamiento y en la actividad médica de manera que el enfermo, ha dejado de ser visto como un objeto para ser visto y tratado como sujeto. En todo caso, esta concepción del sujeto como fin último de la actividad médica no hubiera sido posible sin la gesta que LAÍN ENTRALGO denomina la *“rebelión del sujeto”*¹⁷⁵. Su gesta comienza con la revolución industrial, cuando se produce la rebelión de las masas proletarias contra la partición de la injusta asistencia médica que se llevaba a cabo en aquel

¹⁷⁴ Como señala PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés, “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”,...op.cit, p. 211 esta tendencia a exigir la presencia del daño por medio de cláusulas generales, también ha sido plasmada en los Códigos Civiles de los sistemas jurídicos latinoamericanos.

¹⁷⁵ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico- enfermo. Historia y teoría...* p 214.

momento, y que dividía entre “medicina para ricos” y “medicina para pobres” y, por tanto, contra las formas de la relación con el enfermo que ello llevaba consigo¹⁷⁶.

Ello provocará a su vez una rebelión social unida al movimiento obrero que luchará contra la desigualdad asistencial e impulsará la aparición de sistemas colectivos de asistencia sanitaria de carácter público, basados en la idea de atención médica a los trabajadores, para superar así lo que el pueblo español ha llamado durante decenios “carne de hospital”¹⁷⁷, hundidos en la desesperanza y miseria de la enfermedad. Junto a este amplio movimiento social, históricamente conocido, existe otro dentro de la intimidad de los consultorios, por lo que resulta menos ruidoso: “*la rebelión del paciente*”. Esta rebelión del paciente implica su reivindicación para ser reconocido, escuchado y comprendido en su condición de sujeto personal¹⁷⁸. Sin embargo, este hecho se produce en los últimos momentos del periodo analizado, y ya entrado el siglo XX.

4.2.2.- Responsabilidad médica en los países del *comon law* por “*malpractice*”

Paralelamente al lento devenir del instituto de la responsabilidad en el viejo continente, en Estados Unidos, fruto de la tradición liberal de su constitucionalismo, comienzan a detectarse las primeras sentencias condenatorias de facultativos en el siglo XIX que suelen citarse como precedente del surgimiento de la etapa posterior presidida por el principio

¹⁷⁶ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *El médico y el enfermo*, Biblioteca para el hombre actual Ediciones Guadarrama, 1969, Madrid, pp. 126-127.

¹⁷⁷ LAÍN ENTRALGO, Pedro, *El médico y el enfermo*, op.cit. p. 127.

¹⁷⁸ LÁZARO, José y GRACIA, Diego, “La relación médico-enfermo a través de la historia”..., op. cit, p. 8-9 señala que, en 1973, es el momento en que puede situarse la rebelión del paciente, pues en este momento la Asociación Americana de Hospitales aprobó la primera Carta de Derechos del Paciente, que supone el reconocimiento oficial del derecho del enfermo a recibir una completa información sobre su situación clínica y a decidir con autonomía entre las opciones posibles.

de autonomía. Sin embargo, se trata en todo caso de una etapa en la que la relación entre el profesional de la medicina y el paciente continúa articulada a través del principio de beneficencia¹⁷⁹, dado que el fundamento de la responsabilidad es siempre la producción de un daño físico, indemnizándose al paciente por “*malpractice*” o negligencia profesional. Este tipo de responsabilidad médica aparecerá en las postrimerías del siglo XVIII y se desarrollará durante todo el siglo XIX. Durante esta época, el paciente seguirá siendo mero destinatario pasivo de la práctica clínica y no recibirá ningún tipo de información siguiendo la tradición hipocrática¹⁸⁰.

Sentadas estas premisas, constituyen cita obligada dos casos que representan el paradigma de esta tradición¹⁸¹. Así, como ejemplo ilustrativo del escaso valor que tenía la decisión del paciente, cabe traer a colación el caso *Slater v. Baker and Stapleton* (1767)¹⁸². Se trata de un caso en el que la paciente señora Slater es atendida por el doctor Baker y el boticario Stapleton de la fractura de una pierna. Tras el período de tratamiento y la solicitud por parte de la paciente de la retirada del vendaje, los médicos se niegan señalando que la fractura aún no estaba totalmente consolidada e incluso, posteriormente, durante una visita de

¹⁷⁹ FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1986, p.84.

¹⁸⁰ OSMAN, Hana, “History and Development of the Doctrine of Informed Consent”, en *The International Electronic Journal of Health Education*, nº 4, 2001, p. 42. TARODO SORIA, Salvador, “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, *Derecho y Salud*, Vol. 14, nº1, 2006, p. 231.

¹⁸¹ Cfr. VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. 74-75; SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, José Antonio “La construcción jurídica de la autonomía del paciente, I”, *EIDON* nº 39, 2013, p. 15.

¹⁸² *Slater v. Baker and Stapleton* 95 E.R. 860 (2 Wilson, K. B. 359, 1767). El caso fue resuelto por un tribunal británico pero fue ocasionalmente citado como precedente judicial por los tribunales estadounidenses durante el siglo XIX.

revisión, vuelven a fracturar deliberadamente la pierna dañada con la finalidad de experimentar un aparato ortopédico de su invención. El Tribunal, tras escuchar a peritos médicos que declararon contraria a la buena práctica clínica la actuación de los facultativos encausados, condenó a los causantes de los daños, fundamentando la responsabilidad médica en la negligencia o “*malpractice*”¹⁸³.

El segundo supuesto clásico en el que se puede apreciar la doctrina de la responsabilidad por *malpractice* es el asunto *Carpenter v. Blake* (1871)¹⁸⁴ resuelto por la *New York Supreme Court*. En este caso, la Sra. Carpenter demanda al Dr. Blake que había asegurado a ésta que ya estaba completamente restablecida de su luxación de hombro, cuando no era cierto. De este modo, la paciente otorga su consentimiento a la finalización del tratamiento. Transcurrido un tiempo, las molestias en el hombro de la Sra. Carpenter reaparecen por lo que demanda al médico, que es condenado por el Tribunal por “*malpractice*” al haber obtenido el consentimiento al alta de la paciente por medio de información falsa¹⁸⁵.

¹⁸³ Así la sentencia señala: “[T]he evidence is, that the callous of the leg was broke without the plaintiff's consent; but there is no evidence of ignorance or want of skill, and therefore the action ought to have been trespass vi & armis for breaking the plaintiff's leg without his consent. All the surgeons said they never do anything of this kind without consent”. No obstante, FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., 116, señalan que en realidad el caso no tiene conexión alguna, ni directa ni indirecta, con la moderna doctrina del consentimiento informado (“[T]here is no direct, ore ven indirect, line between Slater and the moder legal doctrine”).

¹⁸⁴ *Carpenter v. Blake* 60 Barb. 488 (N.Y. Sup. Ct.) (1871). Comentado por FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., p.117.

¹⁸⁵ “Although it is the right of a surgeon to give up the care of a dislocated limb at any time, especially with the patient's assent, yet if he insists upon that assent as a shield from liability for any negligence of which he may have been guilty, or for any malpractice committed, it is competent for the plaintiff to show, if she can, that her consent was obtained by representations that were false, and if shown to be false, the consent is no protection to he defendant against liability for damages that had occurred before the consent was given”.

Puede advertirse que, en ambos casos, la responsabilidad aparece vinculada al daño de modo que cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento o con consentimiento obteniendo mediante engaño incurre en “*malpractice*” o negligencia profesional. De este modo, la ausencia de consentimiento que daba lugar a la “*malpractice*” era entendida como falta de una correcta asistencia médica y no como el defectuoso ejercicio de un derecho autónomo por parte del paciente¹⁸⁶.

5.- LA IRRUPCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN EL SIGLO XX: DEL PACIENTE AL CONSUMIDOR DE SALUD

5.1.- Planteamiento

La relación médico-paciente experimentará una importantísima transformación en el siglo XX especialmente a partir de los años sesenta y setenta. De hecho, se ha dicho que en el último tercio del siglo veinte, la forma de relacionarse médicos y enfermos cambió más que en los veinticinco siglos anteriores¹⁸⁷. Más gráficamente aún, se ha sostenido que la era del paternalismo médico se extendió “desde el año 500 a.C. hasta el año 1965”. Tras ella vendría la era de la autonomía del paciente para pasar a una nueva relación de médico y paciente en la era actual de la “medicina gestionada”¹⁸⁸.

¹⁸⁶ TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., p.231.

¹⁸⁷ LÁZARO, José y GRACIA, Diego, “La relación médico-enfermo a través de la historia”...ob.cit., p.8.

¹⁸⁸ SIEGLER, Mark, “La relación médico-paciente en la era de la medicina de gestión”, VV.AA. *Limitación de prestaciones sanitarias*. Fundación Ciencias de la Salud/Doce Calles, Madrid, 1997, pp. 44-64. El mismo autor, defiende también la existencia de tres edades de la medicina: la edad del paternalismo, la edad de la autonomía y la edad de la burocracia, proponiendo una cuarta: la edad de la toma de decisiones compartidas por médico y paciente, que presenta tensiones con la terceras [SIEGLER, Mark, “La tres

En todo caso, debe tenerse en cuenta que dicha transformación, como sucede en todos los procesos históricos, no resultó instantánea sino que fue germinando progresivamente. En este sentido, podemos sistematizar los rasgos fundamentales de este cambio en tres características: la universalización de la asistencia sanitaria, el reconocimiento del principio de autonomía, y la internacionalización y *consumerización* de los derechos de los pacientes.

5.2.- Universalización de la asistencia sanitaria

En primer término hemos de referirnos a la *universalización de la atención sanitaria*. Hasta entrada en el siglo XX, la atención médica no constituía una obligación del Estado liberal abstencionista del siglo XIX. Sin embargo, desde finales de siglo XIX, surge en Alemania el denominado *modelo bismarckiano* de seguros sociales, caracterizado por su obligatoriedad. Nace así la Ley sobre el Seguro de Enfermedad (*Krankenversicherungs-gesetz*) del 15 de junio de 1883, cuyas características esenciales se conservan y se reconocen en la legislación alemana de hoy en día¹⁸⁹. El punto central del modelo es la obligación de afiliación al seguro de enfermedad que surge con un trabajo remunerado, repartiéndose la contribución entre dos terceras partes a cargo de los obreros y una tercera parte de los empresarios. El sistema concebido por Bismarck constituye uno de los grandes modelos de seguridad social, en la

edades de la medicina y la relación médico-paciente”, Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas, nº 26, pp. 12-25]

¹⁸⁹ Esta ley formaba parte de un amplio programa de protección social diseñado por Bismarck enunciado por el emperador Federico I en el célebre discurso del trono pronunciado en el Reichstag el 17 de noviembre de 1881. VOLTES, Pedro, *Bismarck*, Editorial Palabra, Madrid, 2004, p. 249. Tras la Ley sobre el Seguro de Enfermedad de 1883 se adoptará la Ley de Seguro de Accidentes de Trabajo de (*Unfallversicherungs-gesetz-UVG*) de 1884 y la Ley de seguro de vejez de 1889 (*Gesetz betreffend die Invaliditäts- und Altersversicherung- IAVG*).

medida en que se basa en una relación bilateral: a cambio de una contribución, el asegurado percibe una indemnización en caso de sufrir alguno de los riesgos cubiertos, en este caso, la pérdida de la salud. El sistema tiene un carácter público, social y tendencialmente igualitario, dado que las primas de los seguros dependen de circunstancias los ingresos pero no de factores de riesgo como la edad o el historial médico.

Paralelamente en el Reino Unido se desarrollará el otro gran modelo de sistema sanitario conocido como *modelo Beveridge*¹⁹⁰. En dicho país se creó en 1912 el seguro sanitario obligatorio que se generalizaría en 1920. No obstante, como medida para fomentar el esfuerzo de guerra¹⁹¹, se pondrían en marcha en 1942 las recomendaciones del denominado Informe Beveridge¹⁹² que darían lugar al *National Health Service*, caracterizado por la tendencia hacia la universalización, la unificación de los riesgos, la protección derivada de la situación genérica de necesidad, la financiación con cargo a impuestos y no a cotizaciones y la gestión administrativa unificada y pública. Se trata pues, de un modelo en el que la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública depende de la

¹⁹⁰ El 10 de junio de 1941, el gobierno inglés creó una Comisión Interdepartamental para la Seguridad Social y Servicios Afines, a cargo de sir William Beveridge. La primera tarea del Comité fue realizar un estudio comprensivo de todos los aspectos del seguro social, incluidas las indemnizaciones de los trabajadores, y proponer soluciones.

¹⁹¹ Como señala LEMA ANON, Carlos, "La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 31, 2014, p. 14, cuando estalla la Segunda Guerra Mundial existía en Gran Bretaña la conciencia de una necesidad de cambio ante la evidencia de los resultados sociales traducidos en la mortalidad y morbilidad evitable como herencia de la Gran Depresión. El plan Beveridge, postulaba por ello que los británicos se consagrarían tanto más a los esfuerzos de guerra cuanto más percibieran que su gobierno se preocupaba por ellos y por preparar un mundo mejor.

¹⁹² Puede consultarse en la publicación efectuada a finales de los ochenta en España: BEVERIDGE, William Henry, *Informe de Lord Beveridge. VI. Seguro Social y Servicios Afines*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.

condición de ciudadano y no de asegurado. Este sistema, junto al de seguros sociales de Bismarck, en el que la cobertura sanitaria depende de la condición laboral del individuo y la financiación de las contribuciones del asegurado, el empleador y, en ocasiones, del Estado constituye uno de los grandes modelos de cobertura sanitaria. Más allá de las distintas formas que adoptó el Estado de bienestar, lo cierto es que en todos los casos supuso un papel activo del Estado en la promoción y protección de la salud de la población mediante la extensión de los sistemas sanitarios públicos y el progresivo reconocimiento de la salud como un derecho. En este sentido, los modelos clásicos de protección de la salud, aun con sus importantes diferencias, tienden a la universalización del acceso a la atención sanitaria como resultado de la demanda social del movimiento obrero¹⁹³. Pese a que ambos modelos tienden a converger, conviene dejar constancia de que, aunque los dos pueden llegar a niveles de cobertura similares (el modelo bismarckiano ha venido incorporando a su modalidad contributiva una parte no contributiva), sus puntos de partida y sus consecuencias para el derecho a la salud son muy diferentes. En el modelo de seguridad social –sistema bismarckiano- la universalidad es un punto de llegada que eventualmente se puede alcanzar y probablemente no de forma completa. En el modelo de sistema nacional de salud – sistema Beveridge-, por el contrario, la universalidad es un punto de partida del modelo y con ello una exigencia del mismo¹⁹⁴.

¹⁹³ Para la exposición de las características nucleares del modelo Bismarck y del modelo Beveridge seguimos fundamentalmente a LEMA AÑÓN, Carlos, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 29-42 y a SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, “Principales modelos de protección social y Seguridad Social” en *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pp. 5-23, en especial, pp. 6-14.

¹⁹⁴ LEMA ANON, Carlos “La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?”..., ob.cit., p. 15.

También a comienzos del siglo XX cominzarán a introducirse en España los primeros seguros obreros que dan cobertura al riesgo de enfermedad. Así, tras la creación del seguro de accidentes de trabajo en 1900, se creará como institución de protección social en 1908 el Instituto Nacional de Previsión (INP) para extender su acción mediante el establecimiento de cajas especiales autónomas. De esta forma, el INP se configura como organismo compilador de los distintos sistemas de seguro existentes, transitándose desde una cierta voluntariedad de esas cajas hacia la obligatoriedad de la cotización en régimen igualitario. Por Real Decreto de 5 de marzo de 1910 se crearán seguros populares, organizándose en el nivel del INP las cajas de los mismos. Posteriormente, mediante Real Decreto de 18 de marzo de 1919 de aseguramiento del paro forzoso, se asegurará la cobertura en el caso de enfermedad común confiándose su provisión a la iniciativa privada. El denominado Seguro de Maternidad se establecerá en 1929 y el primer Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE), en 1942. La Ley del Seguro Obligatorio creará la figura del beneficiario, diferente de un planteamiento laboralizado de la cobertura del riesgo, respondiendo así al modelo bismarckiano ya desarrollado en Alemania y por ello financiándose por trabajadores y empresarios en base a un sistema productivo. Será en 1963 cuando se establecerá la base necesaria para operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social. La novedad principal, al margen de la reordenación organizativa, estribará en que en el nuevo sistema se prevé la consignación permanente de subvenciones a la Seguridad Social en los presupuestos generales del Estado. De esta forma se aprobará la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, inaugurando así el sistema español de seguridad social¹⁹⁵. Por otro lado, la salud pública, entendida

¹⁹⁵ Regulado posteriormente por la Ley de la Seguridad Social de 21 de

exclusivamente como prevención de la enfermedad y no como promoción de la salud, se regulará en la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944, que sustituye a la de Beneficencia de 1849. La Ley de Bases de 1944 mantendrá el concepto de beneficencia, incluyendo la enfermedad mental como una patología propia de este colectivo¹⁹⁶. Este estadio evolutivo finalizará con la aprobación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que apuntará hacia un sistema de modelo Beveridge, aspecto reforzado tras la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. No obstante, la reforma de esta última por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, en la medida en que vincula la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública a la condición de asegurado o beneficiario, parece implicar un cambio hacia un modelo de Seguridad Social.

5.3.- Reconocimiento del principio de autonomía del paciente

Paralelamente a la universalización, a partir de la recepción en el mundo occidental de la doctrina jurisprudencial estadounidense, se producirá una creciente importancia de la autonomía del paciente cuya principal manifestación será la aparición de la figura del consentimiento informado (*informed consent*)¹⁹⁷. Junto a dicha institución, el fundamento

abril de 1966, el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974 (aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio) hasta llegar al vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 2015 (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

¹⁹⁶ SEVILLA, Francisco, "La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social", *Documento de trabajo 86, Fundación Alternativas*, 2006, pp.10-11; CERVERA SOTO, Santiago, "La sanidad en un siglo de la historia de España (1898-1998). Cien años después", *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 22, nº2, 1999, pp.144-146.

¹⁹⁷ Como señalan OGANDO, Beatriz y GARCÍA, César, "Veinticinco siglos de paternalismo, 25 años de autonomía: una aproximación histórica a

constitucional de la autonomía ha descansado también en el *right to privacy* cuyo régimen jurídico excede del ámbito de esta investigación¹⁹⁸. Interesa ahora destacar que la figura del consentimiento informado constituye una construcción jurisprudencial, como suele ser propio de los países con un sistema jurídico de *common law*. En este sentido, dentro ya del siglo XX,

los cambios en la relación clínica”..., ob.cit. p. 167, “la salud se democratiza y en este proceso hay dos elementos fundamentales: consentimiento e información”. En todo caso, SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “Las autonomías del paciente”, *Dilemata*, nº 3, 2010 pp. 63-64, diferencia tres tipos de autonomía, señalando que “junto a otros factores, la autonomía de los pacientes y usuarios ha transformado la relación clínica, especialmente a través del reconocimiento del consentimiento informado en los procesos de toma de decisiones. No obstante, se trata de una tarea incompleta, por la omisión o el desconocimiento de algunas manifestaciones de la autonomía que aún no han logrado integrarse o consolidarse en la relación clínica. A tal efecto distingue tres dimensiones o manifestaciones de la autonomía, que no han de ser entendidas como realidades aisladas sino como un *continuum*: la autonomía decisoria, la autonomía informativa y la autonomía funcional o ejecutiva. La teoría tradicional se ha ocupado casi de forma exclusiva de la primera, la *autonomía decisoria*, centrada en la libertad de elección del paciente o usuario, esto es, en su capacidad para deliberar y decidir por un curso de acción entre una gama adecuada de opciones valiosas. El ejercicio de la autonomía decisoria tiene lugar en un proceso comunicativo entre los profesionales asistenciales y el paciente sujeto a determinados requisitos, esencialmente tres: información, voluntariedad y capacidad. La segunda dimensión, la *autonomía informativa*, consiste en el poder del paciente para disponer y controlar su información de carácter personal, íntima, privada y pública, de modo que pueda decidir por sí mismo cuándo y en qué condiciones procede revelar situaciones referentes a la propia vida y salud. Ello implica superar una concepción meramente instrumental de la información -restringida por lo general a la información clínica- como requisito para el ejercicio de la autonomía decisoria, y reconocer también su carácter autónomo e independiente de la decisión, con valor por sí misma. Finalmente, la *autonomía funcional* o ejecutiva, se refiere a la libertad de acción (actuación o abstención) y a la capacidad de realizar por uno mismo las decisiones adoptadas. Esta dimensión está estrechamente relacionada con la autonomía decisoria. La autonomía funcional significa actuar o abstenerse de actuar (*libertas exercitii*) y poder hacer una u otra cosa (*libertas specificationis*)”.

¹⁹⁸ Sobre el *right to privacy* como fundamento constitucional de la autonomía, cfr. SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio “La construcción jurídica de la autonomía del paciente...”, ob.cit., pp. 18-20. TARODO SORIA, Salvador, “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano...”, ob.cit., en especial 237 a 241.

podemos distinguir dos etapas. Una primera, que todavía está inspirada en el principio de beneficencia pero en la que se comienzan a apreciar elementos que permitirán posteriormente construir la figura del consentimiento, y una segunda caracterizada ya por la irrupción del principio de autonomía.

5.3.1.- Primera etapa: responsabilidad médica por “battery”

El fundamento de la responsabilidad médica descansará en la agresión o “*battery*” que el médico produce en el cuerpo del paciente como consecuencia de una actuación clínica sin su consentimiento. Esta etapa puede considerarse inaugurada a partir del caso *Mohr v. Williams* (1905), resuelto por la Corte Suprema de Minnesota¹⁹⁹ que, por vez primera, condenó a un médico por agresión a la integridad corporal del paciente, por realizar una intervención sin su consentimiento. La paciente, Anne Mohr, otorgó su consentimiento para ser operada del oído derecho. Sin embargo, durante la intervención, el doctor Williams realiza la intervención también del izquierdo. El Tribunal establece que para llevar a cabo una intervención médica es necesario obtener la voluntad expresa del paciente. Lo relevante del caso es que, a diferencia de supuestos anteriores se condenó al facultativo por un delito de “*battery*” (agresión) y no simplemente por “*malpractice*”, entendiendo que el bien jurídico protegido es el derecho a la integridad corporal del paciente²⁰⁰. La sentencia señala

¹⁹⁹ *Mohr v. Williams* 104 N.W. 12 (Minn. Jun 23, 1905). Tiene como precedente indirecto el caso *Union Pacific R.Co. v. Botsford* -141 U.S. 250, 251 (1891)- en el que el Tribunal declaró que el derecho de todo individuo a la posesión y control de su propia persona, libre, sin ninguna restricción o interferencia por parte de los otros, sentando así la doctrina de los *non-interference rights*.

²⁰⁰ Cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., p.122; TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano...”,

que el paciente debe ser el árbitro final en la decisión clínica, de modo que para que el cirujano tenga derecho a operar debe haber recabado el consentimiento previamente²⁰¹

Un segundo caso, en el que se establecen las excepciones al consentimiento, fue resuelto esta vez por la Corte Suprema de Illinois es *Pratt v. Davis* (1906)²⁰². En este supuesto la Sra. Pratt fue sometida a una histerectomía -extirpación de útero- sin su consentimiento, aprovechando que es estaba llevando a cabo una extracción de ovarios. En su defensa, el doctor Davis alegó la existencia de un consentimiento implícito que permite al facultativo a llevar a cabo las actuaciones clínicas que estime necesarias, pero el Tribunal rechazó el argumento limitando la legitimidad del consentimiento implícito a los casos de urgencia o a aquellos en los que el paciente consciente y libremente deje en manos del médico la adopción de las decisiones²⁰³.

ob.cit. p. 232; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. pp.78-79.

²⁰¹ “The patient must be the final arbiter as to whether he will take his chances with the operation, or take his chances of living without it. Such is the natural right of the individual, which the law recognizes as a legal one. Consent, therefore, of an individual, must be either expressly or impliedly given before a surgeon may have the right to operate”.

²⁰² *Pratt v. Davis*, 79 N.E. 562 (Ill. Dec 22, 1906). Cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., 122; TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”, ob.cit. p. 232; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. pp.78-79.

²⁰³ “[W]here the patient is in full possession of all his mental faculties and in such physical health as to be able to consult about his condition without the consultation itself being fraught with dangerous consequences to the patient's health, and when no emergency exists making it impracticable to confer with him, it is manifest that his consent should be a prerequisite to a surgical operation”

Cabe citar en último lugar, como supuesto de condena por agresión contra la integridad corporal en el caso *Rolater v. Strain* (1913)²⁰⁴, en el que la señora Rolater otorgó su consentimiento a que se le drenara una infección en un pie con la indicación expresa de que no se le quitara ningún hueso. Sin embargo, el doctor Strain le quitó el hueso sesamoideo de un dedo y fue condenado por el Tribunal Supremo de Oklahoma por no respetar los límites que la paciente había puesto a su consentimiento, señalando que se habían sobrepasado los límites del contrato entre paciente y cirujano²⁰⁵.

El denominador común de este conjunto de casos radica en que, por vez primera, se menciona el derecho de los pacientes a la *integridad física*. De este modo, cuando el médico interviene en ausencia de consentimiento o extralimitándose del que se le ha otorgado, comete una “*battery*” (agresión) sobre el paciente. No obstante, al igual que en la fase de la responsabilidad por *malpractice*, la ilicitud de la actuación médica en ausencia de consentimiento, sigue unida a la producción de un resultado lesivo para la salud del paciente, de modo que la mera actuación sin consentimiento del paciente no se entiende que por sí sola vulnere algún derecho del paciente²⁰⁶.

²⁰⁴ *Rolater v. Strain*, 137 P. 96 (Okla. Nov 11, 1913). Cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent*..., op.cit., p. 122; TARODO SORIA, Salvador, “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., ob.cit. p. 232; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto*..., op.cit. pp.79-80.

²⁰⁵ “It follows from this authority and upon reason and principle that if the contract was made between the patient and surgeon, that the patient had the right to insist upon a strict performance of it, that the removal of the sesamoid bone by the surgeon was without the consent of the patient, and was therefore unlawful and wrongful, and constituted a trespass upon her person”

²⁰⁶ Cfr. TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., ob.cit. p. 232; Para SIMÓN LORDA, Pablo, *El consentimiento informado*, Triacastela, Madrid, 2000, pp. 48-66, tras analizar las diferentes etapas, señala que el período de

5.3.2.- Segunda etapa: la doctrina del consentimiento como manifestación del “self-determination right”

Esta segunda etapa vendrá determinada por la plena consagración jurisprudencial del principio de autonomía del paciente cuyo respeto se desvincula de la producción de un daño. La misma se inaugura con la que es probablemente la más conocida sentencia judicial en materia de responsabilidad médica. Nos referimos a la Sentencia de la New York Court of Appeals dictada en el caso *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* (1914)²⁰⁷, cuyo ponente fue Benjamin Cardozo quien más tarde llegaría a ser *justice* de la *Supreme Court* federal. Se trataba de la señora Schloendorff que fue intervenida de un fibroma en el abdomen bajo anestesia sin su consentimiento previo. La paciente en el postoperatorio presentó una gangrena en el brazo izquierdo y se le tuvieron que amputar varios dedos de la mano. La sentencia consagró un derecho de autodeterminación del paciente (*right to determine, o right to self-determination*) en los siguientes términos, que han hecho historia en el Derecho sanitario contemporáneo:

responsabilidad por *battery* abrió el camino a la autodeterminación del paciente por la vía de las decisiones sobre su propio cuerpo, pero presentaba el inconveniente de que las acusaciones de *battery* eran difíciles de sacar adelante en juicio, dada la dificultad de demostrar que el paciente no había sido informado o que la actuación del médico se había extralimitado del consentimiento prestado.

²⁰⁷ *Schloendorff v. The Society of the New York Hospital* 105 N.E. 92 (1914). Sobre la sentencia, cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., pp. 123-125; TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., ob.cit. p. 233; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. p.81; TOMILLO URBINA, Jorge, “Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos”..., ob.cit. 170 y 171.

*“Every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient's consent commits an assault, for which he is liable in damages. This is true, except in cases of emergency where the patient is unconscious, and where it is necessary to operate before consent can be obtained”*²⁰⁸

Se trata por tanto la primera sentencia que fundamenta la decisión condenatoria en el reconocimiento expreso de que el consentimiento por parte del paciente constituye una manifestación de su derecho a la libre determinación, frente a la doctrina jurisprudencial anterior, tanto la de la *malpractice* como la más moderna de la *battery* que siempre vinculaban la condena médica a un resultado lesivo. Repárese en este sentido que, pese a lo que en ocasiones se ha afirmado, la doctrina Schloendorff no sienta aun las bases del consentimiento informado sino que se limita a conectarlo con el derecho a la autodeterminación más que con el de integridad física como sucedía antaño. Y ello porque este derecho a consentir aun no es un consentimiento informado.

5.3.3.- Tercera etapa: la doctrina del “informed consent”

La siguiente etapa en la evolución de la jurisprudencia americana vendrá determinada por la aparición del consentimiento informado propiamente dicho, esto es, precedido de la oportuna información. Es cierto que con posterioridad a la sentencia Schloendorff, que marca un

²⁰⁸ En consecuencia, todo ser humano en edad adulta y sano juicio tiene el derecho a determinar lo que se ha de hacer con su propio cuerpo; y un cirujano que ejecuta una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión por el que será responsable de los daños. Esto será así salvo en los casos de emergencia en los que el paciente se encuentre inconsciente y sea necesaria la operación antes de que el consentimiento sea obtenido.

antes y un después en materia responsabilidad médica, en la literatura se suele citar un grupo de casos²⁰⁹ en los que se pondrá de relieve la necesidad de brindar al paciente una información veraz sobre su diagnóstico y las consecuencias de las intervenciones: así, en los casos Hunter v. Burroughs (1918), Kenny v. Lockwood (1932) Paulsen v. Gundersen (1935), Wall v. Brim (1943), Waynick v. Reardon (1952) y Hunt v. Bradshaw (1955).

No obstante, la formulación del “*informed consent*” en sentido estricto se producirá con la sentencia dictada por la de Corte Apelación de California en el caso *Salgo v. Stanford Jr. University Board Of Trustees* (1957)²¹⁰, cuyo ponencia correspondería al Juez Bray. Al paciente Martin Salgo se le realizó una aortografía translumbar para estudiar la arterioesclerosis generalizada que presentaba pero como complicación desarrolló una paraplejía secundaria a una lesión medular. El paciente denunció que no le habían indicado previamente los riesgos de la prueba y denunció a la institución, al cirujano que se la indicó y al radiólogo que se la realizó. La defensa alegó que si los pacientes fueran informados de todos los posibles riesgos y eventuales complicaciones nunca consentirían los tratamientos. Sin embargo, el Tribunal no aceptó este razonamiento y estableció que el médico tiene el deber de informar a su paciente de los

²⁰⁹ MEISEL, Alan, “The expansion of liability for medical accidents: From negligence to strict liability by way of informed consent” *Nebraska Law Review*, 1977, vol. 56, nº 1. p. 80; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. p.81.

²¹⁰ *Salgo v. Stanford Jr. University Board Of Trustees Case 17 P.2d 170* (Cal. Dist. Ct. of App. 1957); Sobre la sentencia, cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., pp. 125-127; TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., ob.cit. p. 234; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. p.85-87. BANDRÉS, Fernando et al. *Consentimiento informado*, Comité de Bioética y Derecho Sanitario de ASISA-LAVINIA, Madrid, 2010, pp. 19-20.

hechos que sean necesarios para poder formar la base de un consentimiento inteligente (“*intelligent consent*”) al tratamiento propuesto, sin que pueda minimizar los riesgos conocidos para inducir al paciente a consentir. Pero al mismo tiempo, la sentencia reconoce que la condición mental y emocional del paciente es importante por lo que, en la discusión sobre los elementos de riesgo, se debe emplear un cierto grado de discrecionalidad, siempre en consonancia con la divulgación completa de los hechos necesarios para el consentimiento informado:

“A physician violates his duty to his patient and subjects himself to liability if he withholds any facts which are necessary to form basis of an intelligent consent by patient to proposed treatment, and physician may not minimize known dangers in order to induce his patient's consent; but patient's mental and emotional condition is important, and in discussing element of risk a certain amount of discretion must be employed, consistent with full disclosure of facts necessary to informed consent”

Como puede apreciarse la sentencia menciona por primera vez la expresión “*informed consent*” e introdujo el concepto moderno de la institución. En este sentido, se da un paso más respecto al caso *Schloendorff*, ya que en el caso *Salgo* se reconoció que no sólo la obtención del consentimiento es garantía del derecho a la libre determinación del paciente, también lo es la información que le permite formarse una decisión autónoma. De esta forma, el caso *Salgo*, vino a completar la definitiva configuración del derecho al «*informed consent*» como derecho autónomo. Así, queda reconocida la vinculación existente entre el principio de autonomía y el derecho a la libre determinación de la persona con respecto a las decisiones que afecten a su salud y los dos elementos

más característicos de este derecho: la información (caso *Salgo*) y el consentimiento (caso *Schloendorff*)²¹¹.

5.3.4.- Cuarta etapa: la doctrina de los estándares de la información

Tras el Caso Salgo queda claro que la información constituye un prerequisite del consentimiento y que si esta no es suficiente, el consentimiento resulta vacío de contenido. No obstante, quedaba una tarea pendiente: la determinación de la cantidad y calidad de la información que debe brindarse precisa al paciente y la determinación del sujeto encargado de la misma. De este modo, dentro de esta etapa se diferencian tres parámetros o criterios diferentes: a) el estándar del profesional médico; b) el estándar de la persona razonable y c) el estándar subjetivo, cada uno de ellos con un caso judicial representativo²¹².

5.3.4. a) El estándar profesional del médico razonable

Es representativa la Sentencia de la Corte Suprema de Kansas recaída en el caso *Natanson v. Kline* (1960)²¹³, a cargo del juez Schroeder como ponente. La sentencia constituye la primera resolución judicial que opta por el “*professional standard*” como criterio rector del alcance de la información a suministrar al paciente antes de una intervención médica. En el caso, la Sra. Natanson fue sometida a cobaltoterapia tras una mastectomía. Como efecto secundario se le quemó la piel del pecho y los

²¹¹ TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., ob.cit. p. 234

²¹² VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto*..., op.cit. p. 87.

²¹³ *Natanson v. Kline*- 186 Kan. 393, 350 P.2d 1093 (Kan 1960). Cfr. sobre la sentencia; TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., ob.cit. p. 234; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto*..., op.cit. p.87-90. BANDRÉS, Fernando et al. *Consentimiento informado*..., p. 20.

cartílagos del tórax y demandó a su médico por no haberle advertido de los daños secundarios previsibles. Así en la sentencia se establecieron los elementos básicos de la información que se debía proporcionar al paciente, estableciendo el “*professional standard*” como el estándar de información que un médico razonable (“*reasonable medical practitioner*”) debe comunicar al paciente para que este pueda brindar su consentimiento de una manera libre y consciente²¹⁴. En este sentido, la sentencia concretará incluso los extremos sobre los que debía en el caso concreto informarse a la paciente, destacando que, por vez primera, dentro del contenido mínimo se incluyen a las alternativas al tratamiento. Así, es deber del facultativo explicar al paciente en un lenguaje tan sencillo como sea necesario: a) la naturaleza de la dolencia; b) la naturaleza del tratamiento propuesto; y c) la probabilidad de éxito o de alternativas. La sentencia también alude a los riesgos de resultados desafortunados y condiciones imprevistas pero no se pronuncia de forma tajante sino dubitativa sobre este extremo (“*perhaps*”)²¹⁵.

5.3.4. b) El estándar objetivo de la persona razonable

²¹⁴ Así señala que: “*The duty of the physician to disclose, however, is limited to those disclosures which a reasonable medical practitioner would make under the same or similar circumstances. How the physician may best discharge his obligation to the patient in this difficult situation involves primarily a question of medical judgment. So long as the disclosure is sufficient to assure an informed consent, the physician's choice of plausible courses should not be called into question if it appears, all circumstances considered, that the physician was motivated only by the patient's best therapeutic interests and he proceeded as competent medical men would have done in a similar situation*”.

²¹⁵ “*In considering the obligation of a physician to disclose and explain to the patient in language as simple as necessary the nature of the ailment, the nature of the proposed treatment, the probability of success or of alternatives, and perhaps the risks of unfortunate results and unforeseen conditions within the body, we do not think the administration of such an obligation, by imposing liability for malpractice if the treatment were administered without such explanation where explanation could reasonably be made, presents any insurmountable obstacles*”.

Años más tarde, la jurisprudencia experimentará una evolución sustituyendo el estándar profesional de información por un estándar objetivo también denominado “*reasonable person standard*”. Pasamos pues, de un patrón en el que el alcance de la información es el que daría cualquier médico razonable a otro en el que el canon es el de cualquier persona –no profesional- razonable²¹⁶. La primera resolución judicial que sentó este nuevo criterio fue la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de California recaída en el caso *Berkey v. Anderson* (1969)²¹⁷. En el caso, al señor Berkey se le realizó una mielografía para comprobar si tenía la médula espinal lesionada, sin que se le explicase que para la realización de esta prueba era necesaria una punción lumbar ni las complicaciones que ésta podía presentar. Tras la punción presentó un cuadro de impotencia funcional de la pierna izquierda y se le diagnosticó el síndrome de «pie caído» o inmóvil (“*foot drop*”). El paciente demandó al doctor Anderson por no haberle explicado lo dolorosa que era la prueba y la posibilidad de que se produjera impotencia funcional en una extremidad. La defensa del médico argumentó que a un profesional sólo se le puede exigir que de una información razonable, no considerando como tal la explicación de complicaciones tan poco probables como un “pie caído” tras una mielografía.

²¹⁶ FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., pp. 125-127, citan como sentencias representativas del “*objective standard*” en materia de agresión física, *Berkey v. Anderson* (1969) y en los casos de negligencia médica, *Canterbury v. Spence* (1972), *Cobbs v. Grant* (1972), *Wilkinson v. Vesey* (1972) y *Truman v. Thomas* (1980).

²¹⁷ *Berkey v. Anderson*, 82 Cal. Rptr. 67 (Cal.App. 1969); Cfr. sobre la sentencia; TARODO SORIA, Salvador “La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano”..., ob.cit. p. 234; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. p.92-94. BANDRÉS, Fernando et al. *Consentimiento informado...*, ob.cit., p. 21.

Sin embargo, el Tribunal rechaza este argumento considerando que el paciente no estaba suficientemente informado y, por tanto, no pudo decidir de forma inteligente la aceptación o no de esta prueba. En este sentido, la sentencia indica que es deber del médico no solo informar sobre el procedimiento médico a realizar sino también explicarlo al paciente de forma que este pueda razonablemente comprender la explicación²¹⁸. Finalmente, deja claro que el deber de informar del médico no se configura en función del estándar de la práctica médica sino que es regulado por la ley, de la misma forma que su conducta profesional y la relación fiduciaria con el paciente.

Con posterioridad, se dictará la Sentencia de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Distrito de Columbia en el caso *Canterbury v. Spencer* (1972) en el que intervendría como ponente el juez Robinson²¹⁹, que vendrá a reforzar de una manera definitiva el estándar de la persona razonable. En el caso Jerry Canterbury, de 19 años, era un mecanógrafo con fuertes dolores de espalda que fue intervenido de una laminectomía vertebral por una neoformación vascular medular. Tras la operación quedó paralítico y con incontinencia urinaria. Cuatro años después demandó al médico porque consideró que la intervención fue defectuosa y por no haber sido informado de los riesgos (existía un 1 % de posibilidades de que la operación provocase una parálisis). Jerry

²¹⁸ "It involves the duty of a doctor to properly explain the contemplated procedure and the question whether the patient reasonably comprehended the explanation".

²¹⁹ *Canterbury v. Spencer*, 464 F.2d 772 (C.A.D.C., 1972); Cfr. sobre la sentencia; cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., pp. 134-136; TARODO SORIA, Salvador "La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano"..., ob.cit. p. 235; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. p.94-97. BANDRÉS, Fernando et al. *Consentimiento informado...*, p. 20.

Canterbury demandó también al hospital porque la parálisis apareció un día después de caerse en su habitación durante el postoperatorio, quedándose solo en el suelo sin recibir atención.

La sentencia, además de condenar al hospital por la mala atención, considera que existió conducta negligente en el médico por no obtener el consentimiento del paciente y por no informarle del mínimo riesgo de quedarse paralítico tras la laminectomía. En este sentido, considera que el contenido del deber de informar no puede ser determinado por aquéllos que deben ser controlados sino por lo que el paciente razonable necesita. El derecho del paciente a tomar su propia decisión es el que establece los límites del deber de informar, es decir, la realización de una elección inteligente requiere que el paciente posea la información que considere suficiente para ello. Por ello, la medida de la información debe venir determinada por las necesidades del paciente²²⁰. A partir de esta sentencia los tribunales rechazaron el criterio profesional o del “médico razonable” sustituyéndolo por el criterio de “persona razonable”, de modo que la información que un médico tiene que proporcionar será toda la que una persona razonable tendría que conocer para tomar una decisión adecuada sobre su tratamiento. Ello implicará lógicamente un diálogo y una discusión del médico con el paciente para que éste pueda conocer lo que el enfermo considera información fundamental para la toma de decisión.

Cabe citar una última resolución judicial expresiva de este criterio y que culmina de alguna forma la doctrina jurisprudencial norteamericana

²²⁰ “[T]he patient's right of self-decision shapes the boundaries of the duty to reveal. That right can be effectively exercised only if the patient possesses enough information to enable an intelligent choice. The scope of the physician's communications to the patient, then, must be measured by the patient's need, and that need is the information material to the decision. Thus the test for determining whether a particular peril must be divulged is its materiality to the patient's decision: all risks potentially affecting the decision must be unmasked”.

en materia de autonomía del paciente y de consentimiento informado. Se trata de la sentencia de la Corte Suprema de California recaída en el caso *Truman v. Thomas* (1980)²²¹. En este caso, Rena Truman falleció de un cáncer de cérvix. Su hijo Gary Truman, como representante de su madre, demanda por negligencia al doctor Thomas por entender que no informó correctamente a la paciente sobre el riesgo que corría al rechazar sistemáticamente la práctica de una citología vaginal periódica como método de screening, si bien es cierto que, en reiteradas oportunidades, ofreció la realización de la prueba. En este caso, ciertamente polémico, el tribunal afirmó que, a pesar de la negativa del paciente a la ejecución de una intervención clínica, el médico mantiene el deber de informar sobre los riesgos potenciales de la decisión, por lo que la obtención del consentimiento informado resultará necesaria no solo en los casos de intervención directa sobre el paciente sino también en los casos de negativa al tratamiento²²².

5.3.4. c) El estándar subjetivo del paciente

Una última tendencia en relación con el estándar de información aplicable es la que ha puesto de manifiesto las debilidades del criterio objetivo de la persona razonable, dado que puede resultar insuficiente en determinados casos en los que, atendiendo a determinadas condiciones

²²¹ *Truman v. Thomas*, 611 P.2d 902 (Cal., 1980). Sobre la sentencia, cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., pp.138-139; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. p.85-87.

²²² "If a patient indicates that he or she is going to decline the risk-free test or treatment, then the doctor has the additional duty of advising of all material risks of which a reasonable person would want to be informed before deciding not to undergo the procedure. On the other hand, if the recommended test or treatment is itself risky, then the physician should always explain the potential consequence of declining to follow the recommended course of action".

particulares del paciente, la información requerida para tomar una decisión sea diferente a la que una persona razonable desearía obtener²²³. En estos casos, puede suceder que se cumpla el deber de informar de acuerdo al estándar objetivo, pero, al concurrir necesidades informativas especiales, la relevancia de la información puede frustrar el consentimiento. Por ello, algunos tribunales americanos empezaron en los años ochenta del siglo XX a aplicar el denominado estándar subjetivo del paciente, criterio que también convive con el objetivo. Es representativa de esta línea jurisprudencial, la sentencia de la Corte Suprema de Oklahoma recaída en el caso *Scott v. Bradford* (1980)²²⁴. La señora Scott se somete a una histerectomía, recomendada por el doctor Bradford, debido a la presencia de varios tumores fibroides en su útero. Tras la operación tuvo problemas de incontinencia urinaria provocadas por la presencia de una fístula vesico-vaginal. Para corregir este daño tuvo que someterse a otras intervenciones quirúrgicas adicionales. Como consecuencia, acciona contra el doctor Bradford argumentando que si se le hubiera informado correctamente sobre los riesgos no hubiera procedido a realizarse la operación inicial.

En el caso, el Tribunal rechaza el estándar de la práctica médica, que califica como paternalista, y establece que si el paciente es quien debe decidir, sólo él conoce la información que necesita en cada caso concreto para tomar una decisión inteligente, por lo constituye obligación del

²²³ Así, por ejemplo, si se tratase de un conductor profesional querrá saber qué grado de afectación puede tener una operación quirúrgica en su brazo. Lo mismo ocurriría si se tratase de un deportista profesional que puede querer conocer el tiempo de reposo que una intervención quirúrgica implique a efectos de la planificación de su temporada deportiva.

²²⁴ *Scott v. Bradford*, 606 P.2d 554 (Okla., 1980). Sobre la sentencia, cfr. FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent...*, op.cit., pp. 33-34; VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto...*, op.cit. pp.99-101.

médico facilitarla de manera comprensible y acorde con los requerimientos del afectado²²⁵. No obstante, debe tenerse en cuenta que este estándar subjetivo resulta muy complejo de determinar por lo que muchos tribunales estadounidenses se han mostrado contrario a su aplicación.

5.4.- Internacionalización y “consumerización” de los derechos de los pacientes

Los derechos de no-interferencia del constitucionalismo americano (derechos negativos) y los derechos prestacionales de la vieja Europa (derechos positivos) pronto convergerán en diferentes textos internacionales en los que se positivizan los denominados “derechos de los pacientes” (*patients' rights*). En todos ellos trasluce la idea de la consideración del paciente como sujeto de derecho, abandonando la clásica perspectiva imperante durante siglos. En este sentido, se producirá un importantísimo auge de la bioética como disciplina que estudia los aspectos filosóficos de la relación médico-paciente, especialmente a partir de los horrores de la segunda guerra mundial en materia de experimentación con seres humanos.

Como resultado de dichos hechos, emergerán textos y códigos bioéticos de diferente alcance. Así el 20 de agosto de 1947 se publicó el *Código de ética médica de Nuremberg*²²⁶, en el que se recogieron una serie de

²²⁵ “We decline to adopt a standard based on the professional standard. We, therefore, hold the scope of a physician's communications must be measured by his patient's need to know enough to enable him to make an intelligent choice. In other words, full disclosure of all material risks incident to treatment must be made. There is no bright line separating the material from the immaterial; it is a question of fact. A risk is material if it would be likely to affect patient's decisión”.

²²⁶ A partir de los juicios de Núremberg y de la elaboración del Código del mismo nombre, se establece una lista de principios aplicables a la experimentación con seres humanos, entre los mismos: “El consentimiento

principios que debían regir en los ensayos clínicos con seres humanos. Así las cosas, suele mencionarse la publicación del Código Núremberg como el momento en el que el respeto a la autonomía del paciente comienza a tener auge en la relación clínica. Más adelante, en 1964 se aprobará por la 18ª Asamblea de la World Medical Association la *Declaración de Helsinki* que constituye un cuerpo de principios éticos que deben guiar a la comunidad médica dedicada a la experimentación con seres humanos, estableciendo como principio básico el respeto al individuo, su derecho de autodeterminación y el derecho a tomar decisiones informadas. Además, se pone de manifiesto que el bienestar del sujeto debe ser siempre precedente sobre los intereses de la ciencia o de la sociedad²²⁷.

El 12 de julio de 1974 el gobierno de los Estados Unidos creó una comisión nacional para el estudio de las cuestiones éticas relacionadas con la investigación médica en sujetos humanos. Entre los objetivos de la comisión se encontraban definir el límite entre la práctica médica rutinaria y la investigación biomédica; indicar la función del balance riesgo/beneficio a la hora de determinar lo adecuado de una experimentación sobre sujetos humanos; considerar una serie de guías de acción para la selección de los individuos que participarían en las diferentes experimentaciones y concretar la naturaleza y definición del

voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial". El Código de Nuremberg marca el inicio de la relación entre la ética y la investigación clínica con seres humanos. Está considerado como el precedente de las modernas Cartas de Derechos y Deberes de los Pacientes. Cfr. ANNAS, George J. y GRODIN Michael A. "The Nuremberg Code" en EMANUEL, Ezekiel J.; GRADY, Christine; CROUCH, Robert A.; LIE, Reidar K.; MILLER, Franklin G.; y WENDLER, David (Ed.) *The Oxford textbook of clinical research ethics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 136-140.

²²⁷ Cfr. ASHCROFT, Richard E., "The Declaration of Helsinki" en EMANUEL, Ezekiel J.; GRADY, Christine; CROUCH, Robert A.; LIE, Reidar K.; MILLER, Franklin G.; y WENDLER, David (Ed.) *The Oxford textbook of clinical research ethics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 141-148.

consentimiento informado para estos casos. Los trabajos de la Comisión culminarán el 18 de abril de 1979 con la publicación del famoso *Informe Belmont* que contiene los principios y guías éticos para la protección de los sujetos humanos de investigación. De entre los principios éticos básicos ampliamente aceptados en la tradición occidental, la Comisión señala tres relevantes para la investigación sobre sujetos humanos: el respeto de las personas, la beneficencia y la justicia. De estos principios se deducen los requisitos de la investigación en seres humanos, entre los que destacan el consentimiento informado, la valoración riesgo/beneficio y la selección de los sujetos de investigación no fundamentada en un trato de favor a algunos de ellos ni en la elección de “indeseables” para las situaciones de alto riesgo. Aunque el Informe Belmont se dirigió específicamente a la experimentación con seres humanos, los principios éticos que contiene se han extendido a la práctica médica general²²⁸.

Un segundo fenómeno ha sido el reconocimiento de los derechos de los pacientes como eje básico de las relaciones clínico-asistenciales en textos jurídicos promovidos por las principales las organizaciones internacionales con competencia en la materia. Ya desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, organizaciones como Naciones Unidas, UNESCO o la Organización Mundial de la Salud, o, más recientemente, la Unión Europea o el Consejo de Europa, entre muchas otras, han

²²⁸ Cfr. BEAUCHAMP, Tom L. “The Belmont Report” en EMANUEL, Ezekiel J.; GRADY, Christine; CROUCH, Robert A.; LIE, Reidar K.; MILLER, Franklin G.; y WENDLER, David (Ed.) *The Oxford textbook of clinical research ethics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 149-155. JONSEN, Albert R. “On the origins and future of the Belmont Report”. En CHILDRESS, James; F. MESLIN, Eric M. y SHAPIRO, Harold T (Ed.) *Belmont revisited: ethical principles for research with human subjects*, Georgetown University Press, Washington DC, 2005, pp. 3-11. En la doctrina nacional puede verse determinadas manifestaciones en SIERRA, Xavier, “Ética e investigación médica en humanos: perspectiva histórica”. *Actas Dermo-Sifiliográficas*, 2011, vol. 102, nº 6, pp. 395-401. PUYOL, Ángel. “Hay bioética más allá de la autonomía”. *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, nº 25, p. 45-58.

impulsado declaraciones o, en algún caso, han promulgado normas jurídicas sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con esta cuestión. Así, con carácter previo, es necesario mencionar la trascendencia de la *Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas* de 10 de diciembre de 1948, en la que se reconoce el derecho de toda persona a la vida, a la libertad, a la salud y a la asistencia sanitaria. Desde entonces, prácticamente todas las organizaciones internacionales con competencia en la materia han impulsado declaraciones sobre aspectos genéricos o específicos relacionados con los derechos de los pacientes. Así, cabe traer a colación textos internacionales en materia de derechos humanos como el *Convenio para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* de 4 de noviembre de 1950, el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos* de 16 de diciembre de 1966, el *Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 16 de diciembre de 1966 y la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 7 de diciembre de 2000, cuyo artículo 3 reconoce el derecho de toda persona a su integridad física y psíquica, y en el marco de la medicina y la biología, el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley²²⁹. De otra parte, cabe citar convenios específicos de alcance sanitario como *Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina* (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina, también llamado Convenio de Oviedo), suscrito

²²⁹ También se recoge el derecho a la protección de la salud en el artículo 35: “Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

el día 4 de abril de 1997 que establece un marco común para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina. El Convenio recoge de manera expresa la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales regula el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas²³⁰.

Desde la perspectiva del *soft law* deben igualmente mencionarse determinados textos que han tenido una decisiva importancia en el auge del principio de autonomía. Así la *Declaración sobre la promoción de los derechos de los pacientes en Europa de marzo de 1994*²³¹, la Carta Europea de los niños hospitalizados de 13 de mayo de 1986²³² o la *Carta Europea de los*

²³⁰ Sobre la abundante bibliografía sobre el Convenio de Oviedo, cfr. especialmente, el Convenio cfr. ANDORNO, Roberto, "The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law", *Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 2, 2005, quien pone de manifiesto su carácter de convenio-marco "framework instrument" señalando que es lo que justifica que sólo contenga principios generales ("This is why it only contains broad, general principles, which are intended to be developed in the years to come by additional protocols on specific issues. Thus, the Convention does not pretend to provide a precise and detailed solution to the most complex bioethical dilemmas", p. 134; *Vid.*, también, ALEXANDER, Duane; DOMMEL, F. William "The convention on human rights and biomedicine of the Council of Europe", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 1997, vol. 7, no 3, p. 259-276. Más recientemente, RAPOSO, Vera Lúcia y OSUNA, Eduardo, "European Convention of Human Rights and Biomedicine", en BERAN, Roy G.(ed.), *Legal and Forensic Medicine*. Springer, Berlin- Heidelberg, 2013, pp. 1405-1423.

²³¹ Promovida por la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud que contempla el derecho de los pacientes a la información y el consentimiento informado como requisito previo a toda intervención médica., así como la confidencialidad de toda información sobre el estado de salud del paciente, condición médica, diagnóstico, pronóstico, tratamiento y cualquier otra información de tipo personal.

²³² Resolución A2-25/86, de 13 de mayo de 1986 del Parlamento Europeo Contempla el derecho del menor a que no se le hospitalice sino en el caso de que no pueda recibir los cuidados necesarios en su casa o en un Centro de Salud y si se coordinan oportunamente con el fin de que la hospitalización sea lo más breve y rápida posible; el derecho del menor a la hospitalización diurna sin que ello suponga una carga económica adicional a

los padres; el derecho a estar acompañado de sus padres o de la persona que los sustituya el máximo de tiempo posible durante su permanencia en el hospital, no como espectadores pasivos sino como elementos activos de la vida hospitalaria, sin que eso comporte costes adicionales; el derecho del niño a recibir una información adaptada a su edad, su desarrollo mental, su estado afectivo y psicológico, con respecto al conjunto del tratamiento médico al que se le somete y a las perspectivas positivas que dicho tratamiento ofrece; el derecho del niño a una recepción y seguimiento individuales destinándose en la medida de lo posible los mismos enfermeros y auxiliares para dicha recepción y los cuidados necesarios; el derecho a negarse como sujetos de investigación y a rechazar cualquier cuidado o examen cuyo propósito primordial sea educativo o informativo y no terapéutico; el derecho de sus padres o de las personas que los sustituya a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del niño, siempre y cuando el derecho fundamental de éste al respecto de su intimidad no se vea afectado por ello; el derecho de los padres o de la persona que los sustituya a expresar su conformidad con los tratamientos que se aplican al niño; el derecho de los padres o de la persona que los sustituya a una recepción adecuada y a un seguimiento psicosocial a cargo de personal con formación especializada; el derecho a no ser sometido a experiencias farmacológicas o terapéuticas; el derecho del niño hospitalizado, cuando esté sometido a experimentación terapéutica, a estar protegido por la Declaración de Helsinki de la Asamblea Médica Mundial y sus subsiguientes actualizaciones; el derecho a no recibir tratamientos médicos inútiles y a no soportar sufrimientos físicos y morales que puedan evitarse; el derecho de contactar con sus padres o con la persona que los sustituya, en momentos de tensión; el derecho a ser tratado con tacto, educación y comprensión y a que se respete su intimidad; el derecho a recibir, durante su permanencia en el hospital, los cuidados prodigados por un personal cualificado, que conozca perfectamente las necesidades de cada grupo de edad tanto en el plano físico como en el afectivo; el derecho a ser hospitalizado junto a otros niños, evitando todo lo posible su hospitalización entre adultos; el derecho a disponer de locales amueblados y equipados de modo que respondan a sus necesidades en materia de cuidados, de educación y de juegos, así como a las normas oficiales de seguridad; el derecho a proseguir su formación escolar durante su permanencia en el hospital, y a beneficiarse de las enseñanzas de los maestros y del material didáctico que las autoridades escolares pongan a su disposición, en particular en el caso de una hospitalización prolongada, con la condición de que dicha actividad no cause perjuicios a su bienestar y/o que no obstaculice los tratamientos que se siguen; el derecho a disponer durante su permanencia en el hospital de juguetes adecuados a su edad, de libros y medios audiovisuales; el derecho a poder recibir estudios en caso de hospitalización parcial (hospitalización diurna) o de convalecencia en su propio domicilio; el derecho a la seguridad de recibir los cuidados que necesita -incluso en el caso de que fuese necesaria la intervención de la justicia- si los padres o la persona que los sustituya se los niega por razones religiosas, de retraso cultural, de prejuicios o no están en condiciones de dar los pasos oportunos para hacer frente a la urgencia; el

Derechos de los Pacientes, de noviembre de 2002, promovida por la Active Citizenship Network que concreta en catorce los derechos de los pacientes a los efectos de su armonización de los sistemas nacionales de salud: 1) derecho a medidas preventivas; 2) derecho al acceso; 3) derecho a la información; 4) derecho al consentimiento; 5) derecho a la libre elección; 6) derecho a la privacidad y confidencialidad; 7) derecho al respeto del tiempo del paciente; 8) derecho al cumplimiento de los estándares de calidad; 9) derecho a la seguridad; 10) derecho a la innovación; 11) derecho a evitar dolor y sufrimiento innecesarios; 12) derecho a un tratamiento personalizado; 13) derecho a reclamar y 14) derecho a la compensación.

Resta señalar que muchos de los derechos de los pacientes y la consecución de progresivas dosis de autonomía individual, participación en la gestión de las políticas de salud y protección de la salud pública, tuvieron el importante empuje de los movimientos de las asociaciones de consumidores especialmente en los países anglosajones donde el *status* del paciente como consumidor resulta especialmente relevante. Se completa de esta forma un proceso histórico, particularmente acelerado en la segunda mitad del siglo XX, en el que, tras el paso de enfermo a paciente, se producirá la transformación de éste en un consumidor especial a los efectos de incorporar al catálogo de los derechos ya conseguidos los que son propios de normativa de defensa de los consumidores.

derecho del niño a la necesaria ayuda económica y moral, así como psicosocial, para ser sometido a exámenes y/o tratamientos que deban efectuarse necesariamente en el extranjero; el derecho de los padres o de la persona que los sustituya a pedir la aplicación de la presente Carta en el caso de que el niño tenga necesidad de hospitalización o de examen médico en países que no forman parte de la Comunidad Europea.

CAPITULO II

LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PRESTACIONAL

CAPITULO II

LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN PRESTACIONAL

1.- EL USUARIO DE SERVICIOS SANITARIOS COMO CONSUMIDOR ESPECIAL

1.1- Preliminar

Analizada la evolución histórica del concepto de paciente, puede advertirse sin dificultad que asistimos en la actualidad a una radical transformación del modelo que rige las relaciones entre el prestador de servicios sanitarios y su destinatario. De un sujeto tradicionalmente pasivo y mero receptor de la práctica clínica, los movimientos sociales contemporáneos (*“la rebelión de los pacientes”*²³³) han alumbrado un nuevo modelo asistencial presidido por el principio de autonomía, entendido como participación del paciente en la toma de decisiones clínicas. El principio de autonomía, cuyo corolario más evidente, aunque no el único, es el consentimiento informado, exige replantear la noción de usuario del servicio sanitario a los efectos de construir un concepto adecuado que permita articular la nueva situación de paridad posicional en la que se encuentra frente al prestador. La relación asistencial es, por definición, naturalmente asimétrica y si se quiere propiciar un nuevo vínculo horizontal acompañado de un catálogo de derechos, la primera decisión a tomar al respecto es determinar qué herramientas jurídicas son apropiadas para tal fin. En este sentido, la existencia de relaciones bilaterales asimétricas no es nueva en el ámbito del campo social. Así sucede en el terreno de las relaciones laborales en las que la necesidad de intervenir en

²³³ Cfr. LÁZARO, José y GRACIA, Diego, “La relación médico-enfermo a través de la historia”..., ob.cit., p.7.

el vínculo jurídico vertical entre empresario y trabajador motivó la aparición de una nueva disciplina, -el Derecho del Trabajo-, y de un nuevo negocio jurídico- el contrato de trabajo- para huir de la vieja concepción liberal decimonónica, presidida por el principio de igualdad entre las partes. Este mismo proceso de emancipación del tronco común se ha vivido en el ámbito de las relaciones entre empresarios y destinatarios de bienes y servicios conformando lo que hoy conocemos por Derecho de Consumo, más allá de que su autonomía científica no resulte pacífica en la doctrina²³⁴. La configuración del moderno Derecho de Consumo como

²³⁴ A favor, CÁMARA LAPUENTE, Sergio “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, nº 1, 2015, p. 108, que señala determinados rasgos genuinos del Derecho de Consumo, “que por un lado propician su autonomía, pero por otro generan considerables dificultades de unificación normativa”. Así cita: a) interdisciplinariedad; b) heterogeneidad de las materias; c) heterogeneidad de las fuentes normativas; d) unidad funcional basada en los valores y principios derivados del designio de la protección de la parte considerada en inferioridad en la relación jurídica; y e) carácter imperativo de los derechos reconocidos al consumidor, basado en la consideración de que estas normas tuitivas forman parte del orden público que limita la libertad contractual. En la doctrina extranjera, también a favor, STOFFEL MUNCK, Philippe, “La autonomía del derecho contractual de consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, nº 25, 2013, pp. 57-79, que señala que “el Derecho de consumo tiene como objetivo la instauración de un orden público categórico, colectivo, más bien extraño al espíritu de las reglas civilistas” (p.60), sosteniendo que “si el espíritu del Derecho de consumo toma partido por la debilidad, éste presentaría una diferencia de grado más que de naturaleza con respecto al Código civil”. También favorable a la autonomía, LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, p. 47, para quien “el Derecho del consumidor presenta las características de un microsistema con principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional”. Contrario a la autonomía del Derecho de Consumo, RECALDE CASTELLS, Andrés, “El Derecho de Consumo como Derecho privado especial”, en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, pp. 537-568, en especial 547-553 quien sistematiza su crítica a la autonomía en tres argumentos basilares: la “imprecisa noción de consumidor”, la “indemostrada debilidad de las personas cuando consumen” y en la circunstancia de que la “indemostrable debilidad no sólo es aplicable a la contratación con consumidores”. También contrario, GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis,

herramienta de tutela de la parte más débil de la relación jurídica y su expansión en los diferentes sectores de la actividad social y económica, hace inevitable el debate de su traslación al terreno de las relaciones entre prestador de servicios sanitarios y usuarios a los efectos de evaluar su aplicabilidad como instrumento de reequilibrio público posicional.

En este sentido, la doctrina ha destacado que, frente a la tradicional consideración del paciente desde la perspectiva de mero destinatario de productos y servicios sanitarios en una relación tutelada por el facultativo e inspirada por los principios de beneficencia y de confianza, las modernas líneas de investigación jurídica sitúan al paciente como un usuario más de servicios y un consumidor de productos, razón por la que le resultaría

“El Derecho del Consumo: ¿Una disciplina jurídica autónoma?”, *Estudios de Consumo*, nº 54, 1991, pp. 12-30, quien señala en p. 28 que “aunque puede ser útil, desde la perspectiva «académica» referirnos al Derecho del consumo como una disciplina jurídica que se presta a un análisis y estudio especializado, la «transposición» de esta concepción a nuestro Derecho positivo resulta inadecuada. Nuestro ordenamiento tiende, en principio, a no diferenciar las intervenciones públicas con relación a criterios materiales o teleológicos y, por añadidura, en el caso particular del Derecho del consumo, sería una ardua tarea distinguir de un modo substancial entre su finalidad u objetivos y los demás intereses generales protegidos por dicho ordenamiento en su conjunto”. También en contra, como la mayoría de la doctrina española y sin ánimo exhaustivo: ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, “Protección de los Consumidores y Derecho de los Contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, nº1, 1994, pp. 305-323, donde combate lo que denomina determinadas falacias en la materia; también, con panorámica de conjunto, RUIZ MUÑOZ, Miguel “Introducción a la protección jurídica de los consumidores” en BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel (Dir.), *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Mc GRAW Hill, Madrid, 1999, pp. 22 y 23. Una postura equilibrada, la podemos encontrar en PAISANT, Gilles, *Défense et illustration du droit de la consommation*, Lexis Nexis, Paris, 2015, que considera el Derecho de Consumo un ordenamiento específico pero no autónomo. El autor francés recuerda que “*le droit de la consommation peut fort bien assumer sa spécificité sans pour autant être considéré comme autonome. Spécificité et autonomie ne sont pas termes synonymes*” (p. 126). Tras calificarlo de un derecho de excepción -*droit d’exception*- (p. 127) concluye señalando que “*bien que spécifique, le droit de la consommation ne se suffit pas à lui-même*” (p. 128). Vid., también, CALAIS-AULOY, Jean, “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 93, nº 2, 1994, p. 239.

aplicable por extensión la legislación de protección del consumidor²³⁵. Desde esta perspectiva, resulta pertinente comenzar diferenciando el concepto económico del concepto jurídico de consumidor para, una vez definido éste y sus características connotativas, proceder a la valoración de su ajuste traslativo al usuario de servicios sanitarios.

1.2.- Concepto económico *versus* concepto jurídico de consumidor: debate y experiencias de Derecho comparado sobre su aplicación al usuario de servicios sanitarios

Una de las principales dificultades con las que tradicionalmente ha tropezado la concepción del usuario de servicios sanitarios como consumidor y, correlativamente, la aplicación adicional de los derechos que le son propios, ha sido indudablemente la polisemia conceptual del término “consumidor” en diferentes disciplinas. En efecto, el concepto de consumidor es sumamente amplio. De hecho, se trata de un término que procede de la ciencia económica, que lo entiende como último eslabón del proceso productivo. En este sentido, la *teoría del consumidor*, como rama de la microeconomía, estudia el comportamiento del consumidor en cuanto *agente económico*, analizando oferta y demanda de los distintos bienes y servicios, llegando así al concepto de utilidad marginal. Para ello, esta teoría relaciona distintos conceptos como las preferencias, las curvas de

²³⁵ TOMILLO URBINA, Jorge, “Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos”..., ob.cit., pp.169 y 170, que certeramente añade que “esta concepción -que viene abriéndose camino desde el punto de vista doctrinal y legislativo, y que no es sino la respuesta jurídica a la creciente necesidad de paridad posicional de la relación clínica- exige articular las herramientas hermenéuticas que permitan solventar las eventuales colisiones normativas que pueda producir la integración en el ordenamiento jurídico-sanitario de instituciones procedentes del Derecho de Consumo”.

indiferencia, las curvas de demanda o las restricciones presupuestarias²³⁶. De este modo, su objetivo último es anticipar la elección del consumidor, modelizando su comportamiento, para lo que parte de sus preferencias individuales ante la gama de bienes y servicios que se le ofrecen y entre los que puede optar según los recursos disponibles.

En este sentido, desde una concepción economicista, la consideración del paciente como consumidor ha sido objeto de crítica. Así economistas tan relevantes como KRUGMAN ha llegado a sostener la improcedencia de calificar al paciente como consumidor bajo el contundente y poco matizado título de “*patients are not consumers*”. El autor concibe la relación entre paciente y médico como “algo especial, casi sagrado”, de modo que considerar a los médicos como meros “prestadores” que venden servicios a “consumidores” constituye, a su juicio, “una idea enfermiza”²³⁷. De igual modo, MEIL y ERICSON, de forma menos radical, plantean inconvenientes a esta consideración basados en un triple razonamiento: el carácter involuntario de la

²³⁶ Sobre la teoría del comportamiento económico del consumidor existe abundantísima bibliografía. Si bien ha ido evolucionando desde una teoría neoclásica a otra de corte neokeynesiano. Como autores de referencia: SAMUELSON, Paul, “A note on the pure theory of consumer’s behaviour”, *Economica, The London School of Economics and Political Science*, Vol. 5, nº 17, 1938, pp.61-72 y FRIEDMAN, Milton, R., *Teoría de los precios*. Alianza Editorial, Madrid, 1976. Para una consulta divulgativa de sus principales aspectos, MORA, John James, *Introducción a la Teoría del Consumidor: De la preferencia a la estimación*; Universidad ICESI, Cali, 2002.

²³⁷ “*That’s why doctors have traditionally both been viewed as something special and been expected to behave according to higher standards than the average professional. There’s a reason we have TV series about heroic doctors, while we don’t have TV series about heroic middle managers. The idea that all this can be reduced to money-that doctors are just “providers” selling services to health care “consumers” - is, well, sickening. And the prevalence of this kind of language is a sign that something has gone very wrong not just with this discussion, but with our society’s values*”- (KRUGMAN, Paul, “Patients are not consumers”, en *The New York Times*, 21 de abril de 2014. Disponible en: http://www.nytimes.com/2011/04/22/opinion/22krugman.html?_r=0 (ultimo acceso, 21 de noviembre de 2014).

prestación, la supuesta falta de preparación del paciente para la toma de decisiones y la pluralidad de personas que participan en el proceso asistencial²³⁸. Otros autores igualmente han defendido que el término “consumidor” vendría a introducir en el ámbito sanitario la lógica del mercado, no siendo apropiado para designar a los pacientes. Es el caso de ANNAS que critica el término “consumidor” para referirse al paciente, señalando que transformar los derechos de los pacientes en derechos de los consumidores resulta inadecuado. Los pacientes, según el autor, no serían consumidores porque no eligen a los médicos prestadores sobre la base de la calidad y el precio, dado que se trata “de personas enfermas y vulnerables, incapaces por ello de alcanzar el mejor trato”²³⁹. También,

²³⁸ MEIL, Augusta y ERICSON, Gianna, “The Trouble with Treating Patients as Consumers”, *Harvard Business Review*, 9 de enero de 2012 [(disponible en http://blogs.hbr.org/cs/2012/01/the_trouble_with_treating_pati.html (último acceso en 21 de enero de 2015))] explican ese triple inconveniente de este modo: “We see three main reasons why treating patients as consumers can create problems. 1. Patients don't want to be there: People don't seek out healthcare without a reason. Something is wrong and patients want to solve it and get back to normal. When patients are required to be proactive decision-makers, the health care system is often casting a very reluctant hero into the role. 2. Patients aren't equipped to be there: Even when patients are willing to be decision makers, they may not have the tools. At a time of unusual stress, the system asks them to absorb technical information and make difficult decisions that require specialized expertise. 3. Patients aren't in it alone: To design for patients alone is to forget that they are part of a complex system and aren't often independent decision-makers. Decisions are shaped by other stakeholders: friends and family who support the patient, the insurance company who foots the bill, practitioners who provide care and expert advice, the hospital administrators who inform system-level protocol, and so on”.

²³⁹ Así, para el autor el lenguaje no es neutral: “Language matters. Thus when market language is imposed on the health care system, it seems natural to transform patients into consumers, and patient rights into consumer rights. But patients are not consumers who pick and choose among physicians and treatments on the basis of price and quality. Patients are sick and vulnerable people who are truly not themselves and are incapable of shopping around for the best deal.” [ANNAS, George, *Some Choice: Law, Medicine, and the Market*, Oxford University Press, New York, 1998, p.22)]. Puede consultarse la recensión de la obra en DICKENS, Bernard M., “George Annas, “Some Choice:

desde el punto de vista bioético, se ha criticado esta denominación del paciente como consumidor, sosteniendo que traerá peligrosas consecuencias²⁴⁰, que supondrá la eliminación del principio de confianza en la relación médico-paciente²⁴¹ o que implica la mercantilización del ámbito sanitario²⁴².

Las posturas señaladas resultan bienintencionadas pero son científicamente reduccionistas y bioéticamente paternalistas. En efecto, desconocen la diferente significación del concepto jurídico y del concepto económico de consumidor, limitándose a considerar tan sólo este último e ignorando la dimensión tuitiva de la categoría en el ordenamiento jurídico. En segundo término, existe una suerte de paternalismo oculto en la consideración sagrada que se otorga a la función facultativa, inspirada por los viejos principios de beneficencia, de confianza y altruismo, que parecen evocar épocas ya pasadas, según hemos expuesto en el capítulo

Law, Medicine, and the Market”, *Journal of Contemporary Health Law*, Vol. 15, Issue 3, 1998, pp. 609-630].

²⁴⁰ HARTZBAND, Pamela y GROOPMAN, Jerome “The New Language of Medicine”, *New England Journal of Medicine*, 365, nº15, 201, p.1372, critican el reduccionismo de las palabras consumidor y prestador porque ello supone ignorar las dimensiones psicológicas, espirituales y humanistas de la relación médico-paciente aspectos que tradicionalmente hacían de la medicina una vocación en la que el altruismo eclipsaba la ganancia personal del médico” (“the words «consumer» and «provider» are reductionist; they ignore the essential psychological, spiritual, and humanistic dimensions of the relationship- the aspects that traditionally made medicine a “calling,” in which altruism overshadowed personal gain”).

²⁴¹ Baste traducir el título del artículo de bioeticistas como BERLINGER: “La confianza del paciente: la confianza continuará siendo fundamental en la práctica ética incluso en la era del paciente como consumidor” [BERLINGER, Norman, “Patient trust. Trust remains fundamental to the ethical practice of medicine even in the age of the patient as consumer, *Minnesota Medicine* nº87(6), pp.32-34].

²⁴² Así, CAMPBELL, Alastair V., “The patient as consumer”, *British Journal of General Practice*, nº 40, 1990, pp. 131-132; PLASTOW, Michael, “The intrusion of the discourse of economics into the clinical space I: from patient to consumer”, *Australasian Psychiatry*, nº 18, 2010, pp. 298-302.

anterior²⁴³. Por otro lado, las apelaciones a la pretendida falta de preparación del paciente, la supuesta involuntariedad en la recepción de la prestación o la pluralidad de personas que participan en el proceso asistencial resultan, desde luego, poco compatibles con el principio de autonomía que, recordémoslo, constituye una manifestación de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10 CE.

Por todo ello, insistimos en que no estamos empleando una noción económica o conductista de consumidor²⁴⁴ sino un *concepto normativo*. De esta forma, se pretende examinar el alcance de las técnicas tuitivas del Derecho de Consumo a las relaciones clínicas, trascendiendo la tradicional concepción del derecho a la salud de los consumidores como derecho de naturaleza meramente preventiva y de dimensión comunitaria –enfoque tradicional de las leyes de consumo de primera generación²⁴⁵–.

²⁴³ Nos referimos a la confianza en sentido jurídico como fundamento extracontractual exclusivo sobre el que descansaba la relación prestacional. Lógicamente, ello no obsta para que una relación de prestación de servicios se desarrolle en un contexto de confianza –en el sentido psicológico del término– entre médico y paciente. Sobre el papel del Derecho y la confianza en la relación médico-paciente, cfr. también HALL, Mark A. “Law, Medicine, and Trust”, *Stanford Law Review* nº 55, 2002, pp. 463-527.

²⁴⁴ Vid. los trabajos de PRIEGO-ALVAREZ, Herberto, “Consumismo Sanitario versus Consumerismo en salud”, *Hitos de Ciencias Económico-Administrativas*, nº 5, 1997, pp. 31-37; PRIEGO-ALVAREZ, Herberto, “Consumo en salud: La perspectiva del consumidor sanitario”, *Hitos de Ciencias Económico Administrativas* nº 7, 1997, pp.5-12. El autor diferencia entre “consumismo sanitario” (acción crítica e irreflexiva en la adquisición y uso de productos de salud) y “consumerismo sanitario” (posición concienzuda y reflexiva del consumidor con el consiguiente reconocimiento institucional a su autonomía).

²⁴⁵ Recuérdese que la aprobación de primera LGDCU de 1984 vino motivada por el asunto del síndrome tóxico del aceite de la colza que provocó una intoxicación masiva en España en mayo de 1981. La enfermedad afectó a más de 20.000 personas, ocasionando la muerte de unas 330 personas. El caso dio lugar a dos procesos penales: el seguido frente a los industriales responsables de la distribución y comercialización de este aceite (STS de 23 de abril de 1992 (RJ, 6783,1992) y frente a autoridades y funcionarios de la

para aplicarlo también a la dimensión asistencial y reparadora, individualizada desde la autonomía del usuario y la profesionalidad del prestador, abandonando así anacrónicos esquemas de relación fiduciaria basada en la confianza. En efecto, querámoslo o no, la calificación *extra commercium* y altruista de la prestación de servicios profesionales médicos, como herencia de corte grecorromana, resulta tan anacrónica como alejada de la realidad. El destinatario de servicios sanitarios es un consumidor que elige y que exige. Nada anormal debemos ver en este cambio de paradigma, común por otra parte a otras situaciones de asimetría jurídica.

En este sentido, resulta imprescindible mencionar a HALL que explica cómo existen dos posturas fundamentales en relación con el debate sobre las normas aplicables a la prestación de servicios sanitarios²⁴⁶. Una postura tradicional, que califica de esencialismo (*essentialism*)²⁴⁷, defiende que la relación jurídica se regula por sus propias

Administración que quedó definitivamente ventilado en la STS de 26 de septiembre de 1997 (RJ 6336,1997). En esta última se condenó a dos funcionarios de la Administración, declarándose en consecuencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (vid. JIMÉNEZ APARICIO, Emilio, "La ejecución de la sentencia de la colza I", *InDret* nº 112, 2003, pp. 5-6).

²⁴⁶ HALL es, sin duda, el autor que en la actual literatura jurídica estadounidense más ha estudiado la condición del paciente como consumidor, entendida como *status* tuitivo que le proporciona protección frente al prestador. Cfr. HALL, Mark A. y SCHNEIDER, Carl E. "Patients as Consumers? Courts, Contracts, and the New Medical Marketplace", *Michigan Law Review*, nº106, 2008, pp. 643-689; HALL, Mark A., "The Legal and Historical Foundations of Patients as Medical Consumers," *Georgetown Law Journal*, 96, nº 2, 2008, pp. 583-597; SCHNEIDER, Carl E. y HALL, Mark A. "The patient life: can consumers direct health care?" *American Journal of Law & Medicine*, vol. 35, no 1, 2009, pp. 7-65; HALL, Mark A.; BOBINSKI, Mary Anne; y ORENTLICHER, David, *Medical Liability and Treatment Relationships*, 3ª ed., Wolters Kluwer, 2013.

²⁴⁷ HALL, Mark A., "The Legal and Historical Foundations of Patients as Medical Consumers...", ob.cit. p. 584. Más desarrollado puede verse en HALL Mark A., "The History and Future of Health Care Law: An Essentialist View", *Wake Forest Law Review*, nº 41, 2006, pp. 347-364.

normas especiales, atendiendo a los atributos fiduciarios de la relación médico-paciente tales como el secreto médico. Frente a dicha posición, el autor sostiene una tesis consumerista (*consumerism*) en la que, con acierto en nuestra opinión, el *status* de consumidor apelaría a los aspectos contractuales de un servicio profesional estándar, a diferencia del *status* de paciente que connotaría dependencia, sufrimiento y necesidad de cuidado²⁴⁸. Por otra parte, el autor nos recuerda que el ordenamiento jurídico siempre ha considerado a quienes reciben atención médica más desde su condición de pacientes que de consumidores, señalando que, al igual que sucede en el Derecho de familia, el Derecho médico prima el *status* sobre el contrato²⁴⁹, sin que ello deba llevarnos a olvidar la dimensión contractual de la relación médica en la que las obligaciones bilaterales se forjan en un contexto en el que una de las partes es una persona enferma y vulnerable. Señala incluso que la tensión entre el *status* de paciente y el *status* de consumidor tiene una larga historia de carácter social²⁵⁰. El papel potencial de los pacientes como consumidores comenzó a ser planteado en la década de los años treinta del siglo XX, en respuesta a los crecientes costes de los cuidados médicos en Estados Unidos. De hecho, a partir de la década de los sesenta del pasado siglo, los derechos de los pacientes se vieron reconocidos gracias a la presión de las asociaciones de consumidores que desafiaron el todavía

²⁴⁸ “Consumer status signifies the generic contractual aspects of a standardized professional service (...) In contrast, a status as patient connotes dependency, suffering, and need of care”. (HALL Mark A., “The Legal and Historical Foundations of Patients as Medical Consumers,...”, ob.cit.p. 583).

²⁴⁹ “Law has always regarded those who receive medical care much more as patients than as consumers. Like family law, medical law is as much about status as it is about contract”. (HALL Mark A., “The Legal and Historical Foundations of Patients as Medical Consumers”,...ob.cit.p. 585).

²⁵⁰ TOMES, Nancy, “Patients or Health Care Consumers? Why the History of Contested Terms Matters” en STEVENS, Rosemary A et al. (eds.) *History and Health Policy in the United States*, Rutgers University Press, New Brunswick, 2006, pp.96 y 97.

preponderante paternalismo médico. La visión consumerista ganó fuerza adicional incluso en la década de los ochenta cuando las políticas públicas abrazaron la dinámica del mercado para contener y racionalizar los gastos médicos. Desde entonces, hablar de derechos de los consumidores en Estados Unidos tiene una connotación ligada a la autonomía, por oposición al término “paciente” más vinculado al paternalismo clásico²⁵¹.

Esta corriente de *consumerización* –si se nos permite el anglicismo que venimos empleando– de la relación sanitaria, que ha originado un rico debate doctrinal²⁵², se inició en Estados Unidos por razones justamente contrarias a las que se podría suponer. En efecto, se emplea la consideración jurídica del paciente como consumidor como herramienta tuitiva que permite corregir las extraordinarias desigualdades existentes en la relación prestacional en dicho país. De este modo, se entiende el Derecho de Consumo como instrumento de vanguardia de la autonomía y de los derechos del paciente. En este mismo sentido, KAPP relaciona

²⁵¹ HALL, Mark A., “The Legal and Historical Foundations of Patients as Medical Consumers,”...ob.cit., p.586.

²⁵² Una revisión bibliográfica de la doctrina estadounidense recaída en los últimos años en relación con el tratamiento como consumidor de los usuarios de servicios sanitarios nos conduce a una amplia variedad de cuestiones tratadas bajo dicho enfoque: HERZLINGER, Regina (ed)., *Consumer-Driven Health Care: Implications for Providers, Payers, and Policymakers*, Jossey Bass, San Francisco, 2004; JOST, Timothy S., *Health Care at Risk: A Critique of the Consumer-Driven Movement*, Duke University Press, Durham, 2007; ROBINSON, James C., “Reinvention of Health Insurance in the Consumer Era”, *Journal of American Medical Association* nº 291, 2004, pp. 1880-1886; -JACOBI, John V., “Consumer-Driven Health Care and the Chronically Ill”, *Michigan Journal of Law Reform*, nº 38, 2005, pp. 531-536; JACOBSON, Peter D. y TUNICK, Michael R., “Consumer-Directed Health Care and the Courts: Let the Buyer (and Seller) Beware”, *Health Affairs*, nº 26(3), 2007, pp. 704-714; ROBINSON, James y GINSBURG Paul, “Consumer-Driven Health Care: Promise and Performance”, *Health Affairs*, nº 28(2), 2009, pp. 272-281; BUCHMUELLER, Thomas, “Consumer-Oriented Health Care Reform Strategies: A Review of the Evidence”, *Milbank Quarterly*, nº 87 (4), 2009, pp. 820–841.

directamente la condición de consumidor con la autonomía del paciente y sus dos principales manifestaciones –el consentimiento informado (*informed consent*) y la elección informada (*informed choice*)– instituciones jurídicas que forman parte de la tradición de derechos individuales de no-interferencia (*non-interference rights*) que inspiran, desde los padres fundadores, el constitucionalismo americano²⁵³.

Efectivamente, asisten al paciente, además de los derechos específicos previstos en la legislación sanitaria, los genéricamente consagrados en la legislación de protección del consumidor. Este planteamiento ha sido especialmente acogido en otros países en los que, paradójicamente, ha resultado ser la fortaleza del sistema sanitario privado la que ha obligado a no olvidar el estatuto del paciente como consumidor jurídico. Así, caber efectuar una necesaria mención a la popularmente conocida Reforma Sanitaria promovida por el Presidente Obama, formalmente denominada *Patient Protection and Affordable Care Act*, aprobada por el Congreso, tras un intensísimo debate político y mediático, en marzo de 2010²⁵⁴. La reforma constituye una histórica

²⁵³ KAPP, Marshall B., “Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care”, *Journal of Health & Biomedical Law*, vol. 1, nº 1, 2006, pp.1-31. Concluye en p. 32 señalando que “however, the consumer-driven health care paradigm should not be undercut, certainly not at this early stage, by arguments predicated on the incompetence of Americans to fend for themselves adequately in terms of choosing among various health plans offered within a competitive marketplace environment. Autonomy is a privileged moral value in our society, as reflected in the health care context by the informed consent doctrine pertaining to individual medical decisions. This moral value and its legal embodiment should be fully respected and applied in the realm of decisions about the details and permutations of one’s health plan. To honor autonomous informed consent in one context but not the other would be both inconsistent and foolish”.

²⁵⁴ Cabe señalar que la *Supreme Court*, en Sentencia de 28 de junio de 2012 (Asunto “*National Federation of Independent Business et. al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services, et. al*”) ha dictaminado la constitucionalidad de la norma, incluida la parte más controvertida: la obligatoriedad de que prácticamente todos los ciudadanos estadounidenses

modificación de la normativa de los seguros de salud con la finalidad de establecer el aseguramiento privado pero obligatorio de la asistencia sanitaria para la mayoría de los estadounidenses adultos sin cobertura, ya sea proporcionado por sus empleadores o bien subvencionado por el gobierno. Asimismo, la ley prohíbe a las compañías de seguros apelar a las condiciones preexistentes de enfermedad o al género del asegurado para no permitir la suscripción del seguro, exigiéndoles otorgar cobertura a todos los solicitantes y a ofrecer las mismas tarifas sin importar su estado de salud o sexo. En este sentido, traemos a colación la reciente reforma estadounidense para mostrar la potencialidad del concepto de paciente como consumidor especial a los efectos de servir de título de intervención pública en el ámbito de los servicios de salud²⁵⁵. Ha sido precisamente esta calificación jurídica [en el caso norteamericano, de refuerzo duplicado pues el destinatario de los servicios sanitarios es

tengan seguro de gastos médicos o de lo contrario paguen una multa. El alto tribunal respaldó la legislación bajo el argumento de que el gobierno federal tiene competencia en materia impositiva, si bien el fallo puso algunos límites al plan de la ley de ampliar el programa gubernamental *Medicaid* (seguro médico para personas con escasos recursos) mediante un esfuerzo conjunto entre el gobierno federal y el de los estados. Se señala que el gobierno federal no puede amenazar con retener todos los fondos que le asigna a una entidad federada para sufragar el *Medicaid* si el estado decide no participar en la expansión del seguro de gastos médicos. John Roberts, el magistrado presidente de la Corte Suprema, se sumó a los cuatro magistrados de tendencia liberal -en el sentido estadounidense del término- en el tribunal (Stephen Breyer, Ruth Bader Ginsburg, Elena Kagan y Sonia Sotomayor) para formar la mayoría de cinco votos frente a cuatro.

²⁵⁵ GOLDSTEIN, Melissa M. y BOWERS, Daniel, "The Patient as Consumer: Empowerment or Commodification?" *Journal of Law, Medicine & Ethics*, nº 43 (1), 2015, p. 162, resaltan que en la *Patient Protection and Affordable Care Act*, se emplean con carácter indistinto e intercambiable los términos "*patient*" y "*consumer*". Así se emplea "*patient*" en 477 ocasiones y "*consumer*" en 104, si bien en contextos diferentes. La expresión "*patient*" se asocia a menudo con su sentido más tradicional, en relación con expresiones como "la atención centrada en el paciente" o "decisiones de los pacientes", mientras que "*consumer*" se menciona en un contexto económico en relación con cuestiones como la "protección del consumidor" o la "elección del consumidor".

consumidor, tanto en calidad de asegurado –siempre- como de paciente-eventualmente-], el punto de partida desde el que ha sido posible diseñar un sistema que mejore la cobertura sanitaria de la población, no sólo desde la perspectiva de la protección del paciente (*Patient Protection*) sino también de los cuidados sanitarios accesibles (*Affordable Care*), tal y como se infiere del propio título de la Ley.

También en el Reino Unido se ha desarrollado la consideración jurídica del paciente como consumidor, cuestión que nada tiene que ver con el modelo de sistema sanitario²⁵⁶. De hecho, en el caso británico es ciertamente singular y se sitúa en las antípodas del modelo estadounidense, dado que el *National Health Service*, de acceso público, universal y gratuito, es uno de los más potentes sistemas sanitarios públicos del mundo, constituyendo una notabilísima excepción al tradicional abstencionismo estatal de los países anglosajones. Sin embargo, en este caso, y a diferencia de los países continentales en los que el tratamiento como consumidor se hace sobre todo en el ámbito de la responsabilidad médica, la construcción del concepto británico de *patient-consumer* también se ha efectuado como herramienta de

²⁵⁶ De hecho, el primer artículo que se escribió sobre la consideración del paciente como consumidor, previo incluso en dos años al famoso discurso del Presidente Kennedy sobre la universalidad del concepto de consumidor, fue un editorial anónimo publicado, desde una perspectiva sociológica, en la celeberrima revista médica *The Lancet*: “Patients as consumers: wants and needs”, *The Lancet*, nº 277, 1961, pp. 927-928. Con posterioridad, también se ha producido un intenso debate sobre el papel de los grupos de consumidores en el Reino Unido. Así, a título indicativo, puede verse en: BAGGOTT, Rob y FORSTER Rudolf, “Health consumer groups and patients’ organisations in Europe: towards a comparative analysis”. *Health Expectations*. nº 11, pp.89–94; FORSTER, Rudolf y GABE, Jonathan “Voice or choice? Patient and public involvement in the National Health Service in England under New Labour”. *International Journal of Health Services*. nº 38(2), 2008, pp. 333-356; HILTON, Matthew. *Consumerism in Twentieth Century Britain: The Search for a Historical Movement*. Cambridge University Press, Cambridge, 2003; HILTON, Matthew. *Prosperity for All: Consumer Activism in an Era of Globalisation*. Cornell University Press, Ithaca, New York, 2009.

reconocimiento del derecho de representación de las asociaciones de consumidores en asuntos de naturaleza sanitaria así como del derecho a la autonomía en la toma de decisiones. Así MOLD nos explica que, pese a la condición peyorativa que en ocasiones se da al concepto de consumidor en el ámbito de la salud, la construcción del concepto *patient-consumer* permitió a los grupos organizados de pacientes avanzar en la aplicación del principio de autonomía, en su papel colectivo en la gestión y desarrollo de los servicios de salud o en la libertad de elección²⁵⁷.

Esta concepción también ha comenzado a cristalizar tímidamente en Europa, donde todavía permanece un prejuicio de mercantilización de la figura del consumidor. A título de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, en Francia, donde la *Cour de Cassation* y el *Conseil d'Etat* han aplicado los preceptos del *Code de la consommation* a determinados supuestos de información o responsabilidad médica²⁵⁸ o en Italia donde se empieza a defender la condición de *paziente-consumatore*²⁵⁹, si bien se trata de

²⁵⁷ En concreto MOLD, Alex, "Patient Groups and the Construction of the Patient-Consumer in Britain: An Historical Overview", *Journal of Social Policy*, Vol. 39, Issue 4, p. 521, señala que "[t]he notion of the patient-consumer allowed patient groups to advance particular concerns about the autonomy of patients; their ability to have some say in their own treatment; their collective role in the management and development of health services; their ability to exercise some choice and so on".

²⁵⁸ Sobre la cuestión en el Derecho francés, cfr. PAISANT, Gilles, *Défense et illustration du droit de la consommation...*, ob.cit. pp. 175-178. También, en el ámbito de los medicamentos, cfr. LUTTE, Isabelle, "Le médicament de sa prescription à sa consommation. Un nouvel enjeu de responsabilité", en VV.AA., *Liber amicorum Jen-Luc Fagnart*, Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2008, p.759, que se refiere expresamente al *patient-consummateur* a efectos de responsabilidad médica.

²⁵⁹ Así KLESTA DOSI, confirma la idea de que el status de los consumidores puede ser un beneficio para los ciudadanos como instrumento de paridad posicional con la contraparte "(...)sembra quindi confortare l'idea che lo "status" di consumatore possa rappresentare un vantaggio per il cittadino; in effetti, il riconoscimento dell prerogative al quale rinvia la nozione persegue l'obiettivo principale di porre quest'ultimo nelle condizioni economiche di trattare (almeno in teoria) a parità di livello con la contraparte"

supuestos fragmentarios que carecen de una construcción científica, autónoma e integral del concepto.

En el ámbito latinoamericano, proponemos el ejemplo del Derecho argentino en el que las respuestas jurídicas que la doctrina y la jurisprudencia nacional han construido para tutelar los derechos de los pacientes ante las empresas de servicios sanitarios privados (allí denominadas “*empresas de medicina prepaga*”) gira en torno a la calificación del vínculo que une a los afiliados con la empresa como negocio de consumo al cual resultan aplicables los instrumentos de protección del consumidor regulados tanto en la Ley 24.240, de 22 de septiembre de 1993, de Defensa de los Consumidores²⁶⁰, como en la Ley 26.682, de 4 mayo de 2011, de Marco Regulatorio de Medicina Prepaga²⁶¹. En este sentido, la Ley de Defensa de los Consumidores se

[KLESTA DOSI, Laurence, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistica e orizzonte europeo*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 200]. También LEPRE sugiere reconocer claramente la condición de consumidor al paciente pero no tanto desde una perspectiva subjetiva sino en cuanto a que realiza un acto de consumo. Así habla de “(...) *riconoscere o meno la qualità di consumatore non tanto sulla base di precostituite definizioni astratte, ma sulla base dell’atto concreto posto in essere (...) In definitiva, sulla scorta delle conclusioni raggiunte dalla prevalente dottrina francese, rivela non tanto il consumatore quanto l’atto de consumo*”[Antonio LEPRE, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Giufrè Editore, Milano, 2011, p.30].

²⁶⁰ Así, NICOLAU, Noemí L., “La debilidad jurídica en la relación médico-paciente. El caso de las cirugías estéticas”, *Trabajos del Centro. Segunda Serie*, Núm. 9/10, 2011, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, p. 21, “el modo más eficiente de paliar la debilidad del paciente es imponer deberes y obligaciones muy exigentes al equipo de salud y protegerlo, además, como consumidor o usuario, frente a los efectores y empresas de salud”.

²⁶¹ PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “La protección de la salud en el régimen tuitivo de consumo” en REGAZZONI, Carlos Javier (Dir), *Salud y conciencia pública; Seminario Problemática de los daños en la sociedad actual del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, Fundación Sanatorio Güemes, Buenos Aires, 2011, pp. 159-172. FRUSTAGLI, Sandra, “La protección del paciente ante las medicinas prepagas”, *Trabajos del*

venía aplicando a las relaciones con los centros sanitarios o con las empresas de medicina prepaga pero no comprendía los servicios de profesionales médicos que, como los restantes profesionales liberales, se encuentran expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley por mor de su artículo 2, que sólo les somete por la publicidad que se haga del ofrecimiento de sus servicios. Por su parte, Ley del Marco Regulatorio de Medicina Prepaga de 2011, en lo que aquí interesa, parte de la expresa calificación del contrato de medicina prepaga como *contrato de consumo bajo condiciones generales*, obligando a las empresas a utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación. Igualmente, protege a los usuarios, concediéndoles la facultad de rescisión en cualquier momento del contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta días de anticipación (artículos 8 y 9). Observamos pues que la legislación argentina de consumo, consciente de la necesidad de corregir la verticalidad abusiva de las relaciones contractuales de servicios sanitarios, introduce elementos correctores, partiendo de la clara consideración del usuario como consumidor. También es elemento significativo de la tendencia el caso de Puerto Rico, donde la denominada “Carta de Derechos y Responsabilidades del Paciente” aprobada por Ley 194-2000, de 25 de agosto²⁶², señala como sujetos protegidos a los “*consumidores y usuarios de servicios de salud*”²⁶³ que determina como sinónimo de pacientes²⁶⁴.

Centro, nº 9/10, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, 2011, pp.1-18.

²⁶² Modificada por Ley de 20 de enero de 2011.

²⁶³ Así, su artículo 3 a la hora de fijar su ámbito de aplicación determina que “esta Ley aplicará a todas las facilidades y servicios de salud médico-hospitalarios, profesionales de la salud y aseguradores y planes de cuidado de salud en toda la jurisdicción del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, según se definen dichos términos en esta Ley y dentro de los términos y condiciones

En lo que a nuestro país respecta, cabe mencionar que un sector avanzado de la doctrina viene defendiendo la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores a la relación médica²⁶⁵, si bien su aplicación se efectúa de forma parcelada o “por sectores” sin que exista una construcción integral sobre el grado de permeabilidad y ósmosis normativa entre el ordenamiento especial -Derecho sanitario- y el ordenamiento general- Derecho de Consumo-. En todo caso, conviene subrayar que esta concepción del *status* del paciente como consumidor se va abriendo paso en los diferentes ordenamientos, no como sinónimo de privatización económica de la relación asistencial sino, antes al contrario, como herramienta jurídica de empoderamiento al servicio de la

específicas aquí dispuestas. Cobijará a todos *los usuarios y consumidores de tales servicios y facilidades* en Puerto Rico, irrespectivamente de la naturaleza pública o privada de los proveedores de tales servicios y de cualquier consideración a criterios de raza, color, sexo, edad, religión, origen o identificación étnica o nacional, ideología política, incapacidad física o mental presente o futura, información médica o genética, condición social, orientación sexual o capacidad o forma de pago del usuario o consumidor de dichos servicios y facilidades”.

²⁶⁴ A lo largo de todo el texto, desde el artículo 6 emplea la expresión “paciente, usuario o consumidor de servicios de salud médico hospitalarios”

²⁶⁵ TOMILLO URBINA, Jorge, “Nuevos derechos del paciente desde su condición jurídica como consumidor”, *Derecho y Salud*, nº 19, 2010, p. 50. DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, p.196, señala que “la inclusión del término usuario en la Ley 41/2002 [LAP] debe ser valorada muy positivamente, dado que permite acudir en algunos aspectos a la normativa protectora recogida en la Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios”. También a favor del término “consumidor o usuario de servicios sanitarios” con preferencia sobre el tradicional “paciente”, que invoca más una posición pasiva que no se compadece con la actual regulación, RETUERTO BUADES, Margarita y SISO MARTÍN, Juan, “La salud, el sistema sanitario público y su protagonista: el usuario. Derechos y deberes del usuario de la sanidad” en MARTINEZ CALCERRADA, Luis y DE LORENTO Y MONTERO, Ricardo (Dir.), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I. Ed. Colex. Madrid, 2001, pp.799-875. LARIOS RISCO, David, “Autonomía de la voluntad del usuario de servicios sanitarios”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, emplea igualmente la expresión “usuario de servicios sanitarios” (p. 274) o consumidor o usuario de productos y servicios sanitarios (p.278).

autonomía²⁶⁶. Ello lógicamente está suponiendo un cambio radical en el ancestral modo de entender la relación clínica caracterizado por la aplicación del paternalismo médico y la beneficencia.

1.3.- La aplicación al usuario de servicios sanitarios de las categorías doctrinales del Derecho de Consumo

Nos proponemos como segundo paso metodológico examinar las diferentes categorías dogmáticas que la doctrina ha acuñado para explicar el concepto de consumidor para tratar luego de definir al usuario sanitario como consumidor especial. En este sentido, dichas categorías doctrinales pivotan fundamentalmente en torno a dos binomios: noción abstracta-noción concreta de consumidor y consumidor jurídico-consumidor material.

1.3.1.- Noción abstracta y nociones concretas

En este sentido, sin ánimo exhaustivo pero con la finalidad de desbrozar la materia, cabe destacar que se ha convertido entre nosotros

²⁶⁶ En este sentido, si bien utilizando inadecuadamente el concepto de cliente, JOVELL, Albert; NAVARRO RUBIO, María Dolores; FERNÁNDEZ MALDONADO, Laura; y BLANCAFORT, Sergi, "Nuevo rol del paciente en el sistema sanitario", *Atención Primaria*, nº 38 (3), 2006, pp. 234-237, hablan de un nuevo concepto de paciente activo vinculado al empoderamiento (*empowerment*) de los pacientes, señalando que "otro factor que se debe tener en cuenta es la transición que se ha producido de la condición de enfermo o paciente a la de consumidor o cliente de los servicios sanitarios. Este último concepto caracteriza la salud como un bien, y no sólo como la mera satisfacción de una necesidad, que debe proveerse en unas condiciones en las que el usuario tiene libertad de elección sobre cuándo, qué, dónde, cómo y quién debe proveer el servicio requerido. Esta transformación de paciente a cliente aparece también motivada por el aumento de las expectativas en torno a las posibilidades curativas de las nuevas tecnologías sanitarias y a la promoción de los avances científicos". En el mismo sentido, ANDERSON, Joan M., "Empowering patients: issues and strategies". *Social Science & Medicine*, Vol. 43 (5), p. 697 resalta que: "*patient/consumer empowerment has become a central concept in the discourse on health*".

en tradicional la diferencia entre la noción abstracta y la noción concreta de consumidor²⁶⁷. De este modo, la *noción abstracta* equipararía consumidor a cualquier ciudadano en sentido amplio y se encontraría ligada a la aspiración a una adecuada calidad de vida. Es cita clásica al respecto, la noción empleada en el discurso presidencial pronunciado por John Fitzgerald Kennedy el 14 de marzo de 1962 (“*Special Message on Protecting the Consumer Interest*”) cuya principal expresión ha pasado a la posteridad como un lema que puede traducirse por “todos somos, por definición, consumidores” (“*Consumers, by definition, include us all*”)²⁶⁸.

También, la noción abstracta es empleada en el primer y tímido

²⁶⁷ Las categorías de “noción abstracta” y “noción concreta” de consumidor fueron tempranamente introducidas por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios sobre consumo*, nº 3, 1984, p. 14. También puede encontrarse en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “El concepto de consumidor”, en AZPARREN LUCAS, Agustín (Dir.) *Hacia un Código del Consumidor* (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 19 a 21.

²⁶⁸ En realidad, lo más jugoso del texto se encuentra a continuación cuando explicita la paradoja de que, constituyendo el conjunto de consumidores grupo económico más numeroso es el único que no se encuentra organizado y cuyos puntos de vista no suelen ser escuchados. El texto dice literalmente: “*Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision. Two-thirds of all the spending in the economy is by consumers. By they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard*”. Más adelante, y es meritorio del texto, enumerará cuatro derechos básicos de los consumidores que han servido de inspiración a las denominadas leyes de primera generación: “*right to safety*” (derecho a la seguridad), “*right to be informed*” (derecho a la información), “*right to choose*” (Derecho a libertad de elección) y “*right to be heard*” (derecho de audiencia). Como comenta DE LEÓN ARCE, Alicia, “El consumo como realidad social económica y jurídica” en DE LEÓN ARCE, Alicia (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 51, este discurso marcó un hito en el proceso de expansión del movimiento de los consumidores, pues aunque posiblemente estuviese movido por razones de oportunismo político, sus efectos produjeron tan fuerte impacto social que marcaron una línea de actuación política seguida por sus sucesores.

instrumento europeo en la materia de defensa de los consumidores: la Resolución del Consejo de la Comunidad Económica Europea de 14 de abril de 1975, relativa a un Programa Preliminar para una Política de Protección e Información de los Consumidores que alude a éstos como personas concernidas por los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente²⁶⁹. Esta noción abstracta, con resultar meritoria, no parece en absoluto suficiente para el reconocimiento de la titularidad de los derechos derivados de la condición de consumidor y usuario, por lo que entendemos que, hoy por hoy, es meramente metajurídica.

Para nuestro análisis interesan, sin embargo, las *nociones concretas* de consumidor. Así, la doctrina ha señalado que entre las nociones concretas de consumidor, cabe diferenciar una más amplia, entendido como “cliente”, y otra de carácter más restrictivo, referida al denominado “destinatario o consumidor final”²⁷⁰. La primera de ellas -noción de consumidor como cliente²⁷¹- incluiría a las personas que contratan con un

²⁶⁹ Su declaración nº 3 señala que “en lo sucesivo el consumidor ya no es sólo considerado como un comprador o un usuario de bienes y servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor”. REYES LÓPEZ, María José, *Manual de Derecho Privado de Consumo*, La Ley, Madrid, 2009, p. 87, considera que en los programas de la Unión Europea aparece la noción abstracta, en la medida en que se refieren a los consumidores y usuarios desde la perspectiva de la protección genérica que merecen frente a los daños y riesgos que hipotéticamente puedan causarles los bienes y servicios que se ofertan en el mercado.

²⁷⁰ Cfr. BOTANA GARCÍA, Gema, “Noción del consumidor” en BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel (Dir.), *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, Mc GRAW Hill, Madrid, 1999, pp. 29-30. También en FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual, “Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica” en REYES LÓPEZ, María José (Coord.), *Derecho de Consumo*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p.67.

²⁷¹ Algunos autores emplean la expresión de “cliente potencial” (FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y TORRES LÓPEZ, Francisco, en “Capítulo I. Ámbito de aplicación” en REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO

empresario para adquirir los bienes o servicios que ofrece, con independencia de si la finalidad última de la adquisición es la atención de sus necesidades domésticas o lo hace dentro del marco de una actividad empresarial o profesional. Por ello en la noción de cliente no resulta relevante la condición del sujeto destinatario final del bien o servicio, de modo que sería catalogado como tal cualquier adquirente o usuario de servicios²⁷². Desde esta perspectiva, el concepto de “cliente” intervendría tanto en las relaciones interempresariales, como en las relaciones entre empresarios y particulares. Por el contrario, la noción de destinatario final, que empleaba el antiguo artículo 1.2 LGDCU de 1984 resultaba más restrictiva, excluyendo del ámbito de protección cualquier tipo de transacción con quienes no constituían el eslabón final de la cadena productiva. Con el sistema de “ajenidad de propósito empresarial” del artículo 3 TRLGDCU luce una nueva noción abstracta, en este caso negativa, en la medida en que se exige que el producto o servicio sea adquirido o utilizado con una finalidad ajena a una actividad empresarial o profesional²⁷³. Sentado lo anterior, conviene poner de manifiesto que, a

CARRASCO, Manuel (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, p.61).

²⁷² La concepción del consumidor como “cliente” fue tempranamente introducida por la doctrina administrativa, resultando éste definido es como “cualquier persona que interviene en relaciones jurídicas situado en la posición de demanda en un hipotético y convencional vínculo con el titular de la oferta” (BERMEJO VERA. José, “Aspectos jurídicos de la protección del consumidor”, *Revista de Administración Pública*, nº 87, 1978, p. 259).

²⁷³ Cfr. BOTANA GARCÍA, Gema, “Noción del consumidor”..., ob.cit., p.31. La noción concreta de consumidor fue objeto de temprana crítica por DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35-IV, 1982, p.1076. El eminente civilista consideraba, incluso ya antes de la aprobación de la LGDCU, que una noción estricta era excesivamente restrictiva por reducir el alcance práctico de las normas protectoras, dado que implicaría la inaplicación de la disciplina de protección del consumidor al pequeño empresario.

los efectos de nuestro estudio, el concepto de usuario de servicios sanitarios se inscribe en la noción concreta. Por lo demás, esta construcción resulta irrelevante para nuestra investigación en la medida en que el usuario de servicios sanitarios va actuar siempre como destinatario final del servicio, con independencia de resultar o no su contratante.

1.3.2.- Consumidor jurídico y consumidor material

De mayor interés para nosotros es la aplicación al usuario de servicios sanitarios de la también ya clásica distinción entre consumidor material y consumidor jurídico. Esta construcción, procedente de la doctrina francesa²⁷⁴, permitiría diferenciar al contratante, figura a la que se asimilaría la condición de consumidor jurídico, del sujeto que utiliza y disfruta el bien o servicio contratado, que resultaría calificado como consumidor material. De esta forma, ambas categorías pueden coincidir en una misma persona o bien puede suceder que quien utiliza y disfruta el bien o servicio no sea el sujeto que ha concertado su contratación²⁷⁵. Se

²⁷⁴ CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 1ª ed., Dalloz, París, 1980, p. 3, acogida entre nosotros por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p.115.

²⁷⁵ Como explica TOMILLO URBINA, Jorge, “Realidad y futuro del sistema arbitral de consumo. Una aproximación crítica desde la experiencia cántabra”, en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *Práctica arbitral de consumo*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 44-45, “respecto del concepto de consumidor, es necesario criticar y corregir la ligereza con que continuamente se habla de consumidor y usuario como términos sinónimos. En realidad ambos términos designan dos clases de relaciones jurídicas distintas, razón por la cual cuando la ley o el juez se refieren a uno u a otro están aludiendo, a veces incorrectamente, a dos sujetos independientes (a pesar de que ambas condiciones puedan simultáneamente coincidir en una misma persona). Es *consumidor* quien interviene en una relación jurídica –vertical- de consumo en la que tiene como contraparte a un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad económica habitual. Mientras que es *usuario* quien accede a la utilización del producto merced a la relación jurídica de consentimiento o

ha señalado que la protección de los consumidores gira hoy en torno al concepto de consumidor jurídico²⁷⁶, si bien comienzan a abrirse espacios en los que se reconocen derechos al consumidor material²⁷⁷. En este sentido, el artículo 1.2 de la LGDCU de 1984 consideraba consumidores y usuarios a quienes “adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones”, incluyendo, por ello, tanto al denominado consumidor jurídico o de derecho (quienes adquieren) como al denominado consumidor material o de hecho (quienes utilizan o disfrutan). Veremos con posterioridad el alcance de tales conceptos en el TRLGDCU.

Así las cosas, la prestación de servicios sanitarios tradicional ha sido contemplada como relación bilateral, esto es, entre el facultativo y el paciente. Sin embargo, debemos tener en cuenta que en realidad se trata de una relación jurídica compleja como consecuencia de dos factores. En primer término, el facultativo puede actuar por cuenta propia o por cuenta ajena, quedando entablada, en este último caso, la relación jurídica prestacional con el prestador del servicio por cuya cuenta actúa el facultativo. Al mismo tiempo, también puede suceder que el usuario que

tolerancia entablada no frente al empresario o profesional, sino con el consumidor o adquirente. Por fortuna, la trascendencia práctica del actual *nomen iuris* es irrelevante puesto que el derecho vigente ha querido disponer un único y mismo régimen jurídico para el tratamiento de ambos sujetos”.

²⁷⁶ Cfr. BOTANA GARCÍA, Gema, “Noción del consumidor”..., ob.cit. p.31. ACEDO PENCO, Ángel, “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal y Autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, nº 18, 2000, p. 315, señala que será quien, generalmente, ostentará los derechos individuales que la legislación le reconoce y podrá ejercitar personalmente las acciones derivadas de su adquisición como contratante.

²⁷⁷ Así sería el caso del “perjudicado” al que se refiere el artículo 128 TRLGDCU a efectos de la responsabilidad por daños causados por productos o servicios defectuosos.

recibe la asistencia sanitaria no resulte directamente contratante de la prestación. Procede anticipar, en todo caso, que el usuario de servicios sanitarios, término más amplio que el de paciente, tiene siempre la condición de consumidor material, dado que no es infrecuente que el acceso a los servicios sanitarios no se realice directamente por el paciente sino que la contratación se haya realizado por una tercera persona diferente del que resultará destinatario del servicio asistencial. Cabría en este sentido examinar si también en estos casos el paciente tiene la condición de consumidor a efectos de protección normativa, cuestión que analizaremos más adelante.

1.4.- La calificación del usuario de servicios sanitarios como consumidor

Sentadas las categorías básicas en las que se desenvuelve el concepto de consumidor debemos analizar con mayor detalle el encaje de la figura del usuario de servicios sanitarios en el concepto legal de consumidor que aparece en el artículo 3 TRLGDCU, tras su modificación por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Para ello, con carácter previo, debemos efectuar una exacta caracterización del alcance del vigente concepto jurídico-positivo para luego examinar su traslación a nuestro protagonista, el usuario de servicios sanitarios.

1.4.1.- El concepto de consumidor en el Derecho comunitario

1.4.1.a) Su plasmación jurídico-positiva.

Como resulta conocido, uno de los ámbitos de mayor producción normativa en el ámbito de la Unión Europea ha sido la protección de los

consumidores y usuarios²⁷⁸, aun a pesar de que la protección de los consumidores no constituye una competencia exclusiva de la Unión sino compartida entre la Unión y los Estados miembros²⁷⁹. No obstante, el artículo 12 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que “al definirse y ejecutarse otras políticas y acciones de la Unión se tendrán en cuenta las exigencias de la protección de los consumidores”²⁸⁰.

²⁷⁸ Sobre el Derecho comunitario en materia de consumo y su evolución histórica existen múltiples estudios doctrinales, entre los que cabe citar en la literatura extranjera: KRÄMER, Ludwig, *EEC Consumer Law*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1986; HOWELLS, Geraint G., y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, Dartmouth, Aldershot, 1997; WEATHERILL, Stephen, y BEAUMONT, Paul, *EU Law-The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3.^a Ed., Penguin Books, London, 1999, pp. 1030-1058; OUGHTON, David, y LOWRY, John, *Textbook on Consumer Law*, 2.^a Ed., Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 53-73; LAFFINEUR, Jacques, “L'Évolution du Droit Communautaire Relatif aux Contrats de Consommation”, En *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, nº 1, 2001, pp. 19-42; BERNARDEAU, Ludovic, “La notion de consommateur en droit communautaire”, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 4, 2001, págs. 341-362 CALAIS-AULOY, Jean, y STEINMETZ, Frank, *Droit de la Consommation*, 6.^a Ed., Dalloz, Paris, 2003, pp. 34- 40; BOURGOIGNIE, Thierry, “Droit et Politique Communautaires de la Consommation-Une Évaluation des Acquis”, en VV.AA., *Études de Droit de la Consommation-Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 95-129, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 65- 68, y y ALPA, Guido, *Introduzione al Diritto dei Consumatori*, Editori Laterza, Roma, 2006, pp. 37-54; En la doctrina nacional, cfr. entre otros, PALAO MORENO, Guillermo. “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en REYES LÓPEZ (Coord.) *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 73-94; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 15- 22; GONZÁLEZ VAQUÉ Luis, “La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”, *Estudios de Consumo*, nº 75, 2005, pp. 25-41.

²⁷⁹ El artículo 4.f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada, DOCE de 26 de octubre de 2012) establece que “las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: [...] f) protección de los consumidores”.

²⁸⁰ Según REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel “Capítulo II. Derechos básicos de los consumidores y usuarios” en REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (Dir.), *La*

En cualquier caso, el artículo 169 TFUE contempla el tradicional elenco de derecho de los consumidores cuyo alto nivel de protección pretende promover²⁸¹, a través de dos clases de medidas. En primer término, las medidas que se adopten en materia de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. En segundo lugar, las medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros, que serán adoptadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social. El artículo 169.3 añade que “las medidas que se adopten no obstarán para que cada uno de los Estados miembros mantenga y adopte medidas de mayor protección”, lo que permitiría intuir un Derecho de consumo de mínimos. Ello no obstante, introduce una importante limitación: dichas medidas deberán ser compatibles con los Tratados, lo que abre la puerta a la armonización de máximos en cuanto que se entienda que puedan afectar al mercado interior y la libre circulación de bienes y servicios²⁸². Por otra parte, la protección del consumidor también resulta incluida en la Carta de los Derechos

defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2007, Iustel, Madrid, 2011, p.119, dicho precepto pone de relieve el carácter horizontal de la política de protección de los consumidores.

²⁸¹ “Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”.

²⁸² *Vid.* CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, “Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en la Unión Europea” en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 54-56, sobre fundamento de la protección y ausencia de concepto comunitario unívoco.

Fundamentales de la Unión Europea²⁸³ que establece que “en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores” (artículo 38)²⁸⁴.

En dicho contexto normativo, la Unión Europea ha dictado diferentes directivas en materia de protección del consumidor si bien, de su examen se infiere la inexistencia de un concepto unitario, por lo que es cada directiva la que contiene una definición del mismo a los solos efectos de su propia aplicación. En efecto, si repasamos las diferentes directivas vigentes en materia de protección de los consumidores, encontramos una clara disparidad de resultados. De este modo, se califica

²⁸³ El Consejo Europeo de Colonia de 1999 consideró oportuno recoger en una carta los derechos fundamentales vigentes en la Unión Europea, que debía contener los principios generales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los países de la UE, los previstos en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La Carta fue formalmente proclamada en Niza en diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, y adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados gracias al art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada en el DOCE el 26 de octubre de 2012) que señala que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados. Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

²⁸⁴ A diferencia de otros preceptos de la Carta que configuran auténticos derechos fundamentales, el artículo 38 en realidad no reconoce un auténtico derecho subjetivo a la protección del consumidor sino que, más bien, se trata de un principio rector de la política social y económica de la Unión Europea de naturaleza programática y tendencial, análogo a los que lucen en el capítulo tercero del Título I de la Constitución española.

como consumidor “a toda persona física que actúe”:

a) “*con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión*” [artículo 4.1.a) de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo].

b) “*con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*” [artículo 2.1 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores].

c) “*con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*” [artículo 3.a) de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo].

d) “*con fines ajenos a su actividad económica, negocio, oficio o profesión*” [artículo 2.f) de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio].

e) “*con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión*” [artículo 2.a) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior].

f) “*con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión*” [artículo 2.e) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior].

g) “*con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*” [artículo 1.2.a) de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo].

h) “*con un propósito ajeno a su actividad profesional*” [artículo 2.b) de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores].

Por su parte, en la Directiva 85/374 CEE del Consejo de 25 de julio de 1985 en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, el título de imputación no descansa sobre el concepto de “consumidor”, sino sobre la más amplia noción de “*perjudicado*” (artículo 4), sea o no consumidor contratante.

En el caso de la reciente Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados²⁸⁵, se acuña un concepto autónomo que excede de los contornos tradicionales que dibujan la noción de consumidor, ampliándolos, según los casos, a determinados empresarios y profesionales. En este sentido, su artículo 3.6 introduce el término “*viajero*” como “toda persona que tiene la intención de celebrar un contrato o tiene derecho a viajar con arreglo a un contrato celebrado en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”²⁸⁶.

²⁸⁵ Deroga la vieja Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados.

²⁸⁶ Anteriormente la Directiva 90/314 calificaba como consumidor a “la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado”. El ámbito subjetivo de protección ahora cambia ya que como explica el apartado 7 de la Exposición de Motivos de la nueva Directiva “la mayoría de los viajeros que contratan viajes combinados o servicios de viaje vinculados son consumidores en el sentido del Derecho de la Unión en materia de defensa de los consumidores. Al mismo tiempo, no siempre es fácil distinguir entre los consumidores y los representantes de las pequeñas empresas o profesionales

Cabe igualmente mencionar el criterio de los Reglamentos comunitarios en materia de Derecho internacional privado interno (competencia judicial y ley aplicable a los contratos de consumo), en los que se emplean los siguientes términos:

a) Reglamento 44/2001 del Consejo UE, de 22 diciembre 2000, sobre competencia judicial en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I): cuando regula la competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores hace referencia al consumidor, “*para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional*” (artículo 15.1).

b) Reglamento 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I): al referirse al contrato de consumo lo califica como “(...) el contrato celebrado por una persona física para *un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional* (“el consumidor”) con otra persona (“el profesional”) que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional” (artículo 6.1).

Del examen de las disposiciones comunitarias puede concluirse la inexistencia de una coincidencia exacta entre las diferentes definiciones, lo que dificulta la acuñación de un concepto comunitario de consumidor.

que reservan viajes relacionados con su negocio o profesión a través de los mismos canales de reserva que los consumidores. Dichos viajeros necesitan a menudo un nivel de protección similar. En cambio, hay empresas u organizaciones que elaboran sus fórmulas de viaje sobre la base de un convenio general, celebrado a menudo para múltiples fórmulas de viaje para un período específico, por ejemplo con una agencia de viajes. Este último tipo de fórmulas de viaje no requiere el nivel de protección previsto para los consumidores. Por lo tanto, la presente Directiva solo debe aplicarse a los viajeros de negocios, incluidos los que ejercen profesiones liberales, o a los trabajadores autónomos u otras personas físicas, en la medida en que no organicen sus viajes sobre la base de un convenio general. Para evitar la confusión con la definición del término «consumidor» utilizado en otros actos legislativos de la Unión, procede referirse a las personas amparadas por la presente Directiva como «viajeros»”.

Existen, sin embargo, tres elementos comunes que permiten la construcción apriorística de un concepto básico. En primer lugar, a diferencia de la tradición española en la materia, no se incluye a las personas jurídicas. En segundo término, se emplea la denominada técnica de delimitación negativa, de modo que se define al consumidor por oposición a la actividad empresarial o profesional, prescindiéndose de la consideración de destinatario final, concepto utilizado en la LGDCU de 1984. Finalmente, en todos los casos se hace referencia bien a un término finalista (“con fines”) o bien a un término subjetivo (“propósito”). No se resuelve sin embargo la cuestión de los actos mixtos que, sin embargo, si está presente en el *Draft of Common Frame of Reference* (DCFR) de 2009, texto de innegable valor académico que codifica el Derecho privado europeo y al que más tarde nos referiremos *in extenso* con ocasión del examen del contrato de servicios sanitarios. Conviene en todo caso consignar en este momento que el artículo 1-1:105(1) del DCFR define al consumidor de este modo:

“A «consumer» means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession”.

En este sentido, adviértase que se incluye el adverbio “principalmente” (“*primarily*”) para amparar bajo el título de consumidor a quien llevan a cabo actos de consumo mixtos en los que, sin perjuicio de un uso empresarial residual, el uso mayoritario es particular o doméstico²⁸⁷.

²⁸⁷ Este es, por cierto, el criterio seguido en la pionera Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa del Consumidor y de las recientes reformas operadas en el Derecho alemán y en el Derecho británico de las que luego daremos cuenta.

1.4.1.b) Criterios hermenéuticos restrictivos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: delimitación positiva y doctrina del consumidor medio

La jurisprudencia comunitaria ha completado el concepto jurídico-positivo de consumidor antes señalado adoptando, por lo general, una interpretación restrictiva. Así las cosas, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha añadido a la formulación negativa del concepto (actuación ajena a un propósito empresarial o profesional) un segundo criterio de delimitación positiva del mismo. En este sentido, son representativas de este segundo criterio, la STJUE de 14 de marzo de 1991 (Asunto Patrice di Pinto), recaída en torno a la noción de consumidor en la Directiva 85/577 sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil –hoy derogada–, la STJUE de 17 marzo 1998 (Asunto Dietzinger) o la STJUE de 22 de noviembre de 2001 (Asunto Cape). En todas ellas, el Tribunal vincula el concepto de consumidor a los contratos celebrados para satisfacer necesidades de ámbito doméstico y privado con exclusión de la finalidad empresarial o profesional²⁸⁸.

²⁸⁸ Como defiende CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, nº 1, p. 87, “aún más explícito y reiterativo se ha mostrado el TJCE al interpretar los arts. 13 y 14 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial (actual art. 15 del Reglamento UE 44/2001), el cual, como se vio, contiene, en el plano del Derecho procesal comunitario, una definición de consumidor similar a la de las Directivas examinadas”. En este sentido, como señala el autor, el TJUE ha enfatizado que esas disposiciones “sólo se refieren al consumidor final privado que no participe en actividades comerciales o profesionales” (STJCE de 21 junio 1978, Asunto Bertrand; STJCE de 19 enero 1993, Asunto Shearson Lehman Hutton Inc.; STJCE de 11 julio 2002, asunto Gabriel, STJCE de 20 enero 2005, asunto Gruber, STJCE 20 enero 2005, Asunto Engler), o “sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo” y el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva» (STJCE de 3 julio 1997, Asunto Benincasa) “pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que

Con todo, desde una perspectiva tuitiva, el fenómeno que resulta más preocupante es la creación jurisprudencial, más tarde positivizada, de la figura del “consumidor medio”²⁸⁹. En efecto, dicho concepto nació en la primera jurisprudencia del TJUE sobre publicidad engañosa. En este sentido, la primera sentencia que se refirió de manera clara al concepto de consumidor medio fue la STJUE de 6 de julio de 1995 (Asunto Mars GmbH) que señaló que “los consumidores razonablemente informados deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento” (parágrafo 24). Posteriormente, fue la STJUE de 16 de julio de 1998 (Asunto Gut Springenheide) la que dejó definitivamente sentado el concepto señalando que “para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas podían o no inducir a error al comprador, el Tribunal de Justicia tomó en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin haber evacuado informes

aquella se encuentra en igualdad de condiciones con subcontratante” (STJCE de 20 enero 2005, Asunto Gruber).

²⁸⁹ Sobre el consumidor medio en el ámbito del Derecho alimentario, cfr. GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 17, 2004, pp. 47-82; GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “Las nociones consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento nº 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 247, 2007, pp. 9-19; el ámbito de la publicidad, BERDAGUER MOSCA, Jaime, “El estándar del consumidor medio en la publicidad engañosa”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, nº. 1, 2013, pp. 19-30; en el ámbito de las prácticas comerciales TAMAYO CARMONA, Juan Antonio, “Prácticas comerciales y consumidor medio (a propósito de la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 263, 2006, pp. 59-70; para el concepto jurisprudencial, CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, “Configuración normativa...”, ob.cit. pp. 57-59.

periciales o encargado la realización de sondeos de opinión” (parágrafo 31)²⁹⁰.

Más adelante, el concepto de “consumidor medianamente informado” ha continuado siendo utilizado como parámetro de referencia, pudiendo traerse a colación varios ejemplos ilustrativos. En este sentido, la STJUE de 15 noviembre 2007 (Asunto Comisión vs Alemania) declaró, en relación con la forma de presentación de un medicamento que “ha de tenerse en cuenta la actitud de un consumidor medianamente informado a quien la forma que adopta un producto pudiera inspirarle una especial confianza, semejante a la que le inspiran habitualmente los medicamentos habida cuenta de las garantías que ofrecen su fabricación y su comercialización (parágrafo 47). De otra parte, la STJUE de 3 de septiembre 2009 (Asunto Aceites del Sur-Coosur/Koipe y OAMI), en relación con la confusión entre marcas aceite de oliva, ha recordado que “la jurisprudencia comunitaria [...] ha definido el perfil del consumidor medio como un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pero cuyo grado de atención puede variar en función de la categoría de productos o servicios de que se trate” (parágrafo 47).

Últimamente, la STJUE de 13 de marzo de 2013 (Asunto Biodes/OHMI-Manasul Internacional) ha considerado que “a los efectos

²⁹⁰ Sobre esta famosa sentencia, cfr. PALAU RAMÍREZ, Felipe, “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, AS. C-210/96, Gut Springenheide”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XIX, 1998, pp. 367-395; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel, “El carácter engañoso de la marca de empresa (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de Julio de 1998, asunto C-210/96)”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 194, 2001, pp. 29-44; y GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: La Sentencia *Gut Springenheide*”, *Derecho de los negocios*, núm. 103, 1999, pp. 1-15.

de la apreciación global del riesgo de confusión, procede recordar, en primer lugar, que se supone que el consumidor medio de la categoría de productos considerada es un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No obstante, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el consumidor medio rara vez tiene la posibilidad de comparar directamente las diferentes marcas, sino que debe confiar en la imagen imperfecta de éstas que conserva en la memoria. Procede, igualmente, tomar en consideración el hecho de que el nivel de atención del consumidor medio puede variar en función de la categoría de productos o servicios contemplada” (parágrafo 77).

El Derecho comunitario derivado ha ido incorporando este concepto jurisprudencial, especialmente a partir de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que, sin perjuicio de ofrecer un concepto general de consumidor [artículo 2.a)], limita la protección al denominado “consumidor medio”. En este sentido, conforme al artículo 5.1.b), una práctica comercial sólo será desleal si, además de ser contraria a los requisitos de la diligencia profesional, “distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores”²⁹¹. De esta forma, la noción comunitaria de

²⁹¹ Se justifica la medida en su exposición de motivos señalando que “es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de

“consumidor medio”, entendido como sujeto “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, constituye un importante retroceso en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas europeas de tutela del consumidor. Así las cosas, su extensión a otras parcelas del Derecho de Consumo puede constituir una significativa reducción de su ámbito subjetivo de aplicación, por lo que el principio *pro consumatore* parece imponer una interpretación restringida del alcance del concepto de consumidor medio, que repudiaría una vis atractiva de la noción que debería quedar reservada sólo para el ámbito de las prácticas desleales²⁹².

1.4.2.- El concepto de consumidor en el Derecho comparado

A la hora de analizar el diseño de la definición legal de consumidor en los ordenamientos europeos, la primera premisa que cabe tener en

proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Por consiguiente, es adecuado incluir en la lista de prácticas que se consideran desleales en cualquier circunstancia una disposición por la cual, sin prohibir totalmente la publicidad dirigida a los niños, los proteja frente a exhortaciones directas a comprar. La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto” (Considerando 28).

²⁹² De hecho ninguna norma “general” de consumo en el ordenamiento jurídico español, recoge el concepto de “consumidor medio”, salvo el Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, cuyo artículo 111-2 lo define como “persona consumidora que, de acuerdo con un criterio de diligencia ordinaria, debería estar normalmente informada y ser razonablemente cuidadosa en las relaciones de consumo, en función de los factores sociales, culturales y lingüísticos”.

cuenta es la existencia de una cierta homogeneización como consecuencia de la obligatoriedad de transposición en los respectivos ordenamientos nacionales del concepto que proporciona la Directiva 2011/83, antes del 13 de diciembre de 2013²⁹³, plazo en su mayor parte incumplido por los principales países de la Unión Europea. En algunos casos se ha procedido a la modificación de la normativa interna, mientras que en otros, las disposiciones nacionales ya fijaban una definición equivalente a la comunitaria. Si examinamos el concepto que luce en los principales ordenamientos de referencia pueden sistematizarse los siguientes grupos:

1.4.2.a) Ordenamientos europeos que reproducen literalmente el concepto de la Directiva 2011/83: Francia y Bélgica

Como ejemplo paradigmático, podemos citar el caso francés que, mediante la Ley n° 2014-344 de 17 de marzo, de 2014²⁹⁴, introduce un artículo preliminar en el *Code de la consommation* de 1993. Dicho precepto viene a reproducir el concepto que figura en la Directiva señalando que, a los efectos del Código, se considera consumidor a toda persona física que actúa con fines ajenos al ámbito de su actividad comercial, industrial, artesanal o profesión²⁹⁵. En idénticos términos, también en Bélgica el

²⁹³ De acuerdo con el artículo 28 de la Directiva, el plazo de los Estados miembros para adoptar y publicar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva finalizaba el 13 de diciembre de 2013. Las medidas normativas debían aplicarse en el plazo de seis meses (a partir del 13 de junio de 2014) si bien con carácter irretroactivo (sólo en relación con los contratos celebrados con posterioridad a dicha fecha).

²⁹⁴ Desarrollada por Decreto n°2014-1061 de 17 de septiembre de 2014, relativo a las obligaciones de información precontractual y contractual de los consumidores y de su derecho de desistimiento.

²⁹⁵ *Article préliminaire: "Au sens du présent code, est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale".*

Code de droit économique de 28 febrero 2013, reproduce en su artículo 1.I.2° la definición de la Directiva²⁹⁶.

1.4.2.b) Ordenamientos europeos que contienen matices respecto del concepto de la Directiva 2011/83: Alemania, Reino Unido, Italia y Portugal

Alemania fue uno de los países que más tempranamente transpusieron la Directiva en plazo. En efecto, el *Bundestag* aprobó la Ley de 14 de junio de 2013 que introduce en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) dos grandes bloques normativos²⁹⁷ (§§ 312–312k BGB, dedicados a los contratos en general y a los contratos a distancia y celebrados fuera del establecimiento mercantil, de una parte, y §§ 355–361 que regulan el derecho de desistimiento). Pero el legislador alemán, en un ejercicio de coherencia sistemática, también modifica el parágrafo §13 que contiene el concepto legal de consumidor (*Verbraucher*) y que pasa a ser definido como “toda persona física que realice una operación con fines principalmente ajenos a su actividad comercial, empresarial o profesional”²⁹⁸. En este sentido, llama la atención la introducción del adverbio “principalmente” (*überwiegend*) de modo que se da acogida a un criterio de solución de los llamados actos mixtos, resuelto de forma pionera en nuestro país, como antes decíamos, en la Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores.

²⁹⁶ Article 1.I.2°: “*Consommateur: toute personne physique qui agit à des fins qui n'en trent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*”.

²⁹⁷ BUSC, Christoph, “Implementation of the Consumer Rights Directive Germany”, *Journal of European Consumer and Market Law*, nº 2, 2014, p. 119, nos habla de “clusters” normativos para referirse a los dos grandes bloques que se han introducido en la reforma del BGB.

²⁹⁸ §13 BGB: “*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können*”.

En esa misma línea, también se introduce dicho criterio hermenéutico en la británica *Consumer Rights Act* de 26 de marzo de 2015²⁹⁹, cuyo artículo 2.3 contempla también una definición de *consumer* como “la persona física que actúa con propósitos *entera o principalmente* (“*wholly or mainly*”) ajenos a su actividad, comercial, empresarial, artesanal o profesional”³⁰⁰. Sienta además en su artículo 2.4 una regla de inversión de la carga de la prueba en cuya virtud si la contraparte empresarial – *trader*– alega que un sujeto no está actuando con fines entera o principalmente ajenos a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, -es decir, niega su condición de consumidor-deberá probarlo³⁰¹. De este modo, el ordenamiento británico introduce una generosa presunción *iuris tantum* del carácter de consumidor frente al empresario, lo que conllevará, salvo prueba en contrario, la aplicación de las normas tuitivas del Derecho de Consumo. Tanto en el caso británico como en el alemán, según veremos con posterioridad, la discordancia no es plena dado que el considerando 17 de la Exposición de Motivos de la Directiva ofrece dicha solución, bien es cierto que fuera de su parte dispositiva que es la que resulta realmente vinculante.

También cabría encuadrar en dicho grupo de ordenamientos con matices, pero por otros motivos, los casos de Italia y Portugal. El *Codice del consumo* italiano, aprobado por Decreto-legislativo n° 206 de 6 de septiembre de 2005, ha sido modificado por Decreto-legislativo n° 21 de

²⁹⁹ La norma va más allá de la estricta transposición de la Directiva y refunde una variada lista de cuestiones, resultando un insólito ejemplo codificador en la tradición del *common law*. La mayor parte de su contenido entró en vigor el 1 de octubre de 2015.

³⁰⁰ Incluido en Part 1, Chapter 1: 2- *Key definitions*: (3) “*Consumer*” means an individual acting for purposes that are wholly or mainly outside that individual’s trade, business, craft or profession”.

³⁰¹ Así aparece recogido en el artículo 2.4: “A trader claiming that an individual was not acting for purposes wholly or mainly outside the individual’s trade, business, craft or profession must prove it”.

21 febrero de 2014 para adaptarlo a la Directiva 2011/83. Así el nuevo artículo 45.1, a la hora de definir al consumidor, se remite al concepto general del artículo 3.1.a) que contempla al *consumatore o utente* como la persona física que actúa con fines ajenos a una actividad empresarial, comercial, artesanal o profesional³⁰², precepto que, sin embargo, no aparece afectado por la reforma. Así, aparece la mención a la actividad artesanal, omitida en la Directiva, pero que podría entenderse subsumida en los demás conceptos. Por otra parte, no hay referencia al término “empresa” que sí luce en la Directiva y que sin embargo no se ha considerado –erróneamente a nuestro juicio- motivo suficiente para extender la modificación al artículo 3 del *Codice del consumo*.

En el caso de Portugal, cabe dar cuenta de la Ley nº 24/1996, de 31 de julio, de Defensa del Consumidor que, si bien no es formalmente una norma codificada, constituye una suerte de ley general en la materia a la manera del español TRLGDCU. Si bien la norma portuguesa fue modificada para trasponer la Directiva 2011/83 por la Ley nº 47/2014, de 28 de julio³⁰³, ésta última deja sin modificar el concepto legal de consumidor que lucía con anterioridad a la reforma. Así, la Ley de Defensa del Consumidor de 1996 señala que “se considera consumidor a todo aquél al que se entregan los bienes o prestan servicios, transmitidos por cualquier derecho, destinados a un uso no profesional, por la persona que ejerza con carácter profesional una actividad económica con vistas a

³⁰² Art. 3.1: “Ai fini del presente codice ove non diversamente previsto, si intende per: a) “consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

³⁰³ Norma que a su vez modifica el Decreto-Ley nº 24/2014, de 14 de febrero, que establece el régimen legal aplicable a los contratos celebrados a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento comercial.

la obtención de beneficios”³⁰⁴. Es de suponer que el legislador portugués ha entendido que su regulación sobre el concepto de consumidor resulta conciliable con la Directiva pero hemos de advertir que se aprecian dos matices diferenciales. Por un lado, se contempla el necesario ánimo de lucro que debe tener la persona frente a la que se protege al consumidor, ausente en la definición comunitaria. Por otra parte, a diferencia de la Directiva, se hace mención simplemente al uso y no al propósito y sólo se contempla el profesional sin cita alguna a la actividad comercial, empresa u oficio que sí consigna la Directiva.

1.4.2.c) Ordenamientos latinoamericanos que siguen empleando la técnica del destinatario final: Argentina, Brasil, México; la excepción peruana

Lógicamente, en el ámbito latinoamericano no resultan de aplicación las normas comunitarias por lo que los países de dicho entorno, fuertemente influenciados en este punto por la española LGDCU de 1984, siguen apostando por el criterio del destinatario final como parámetro delimitador de la condición de consumidor y usuario³⁰⁵. Como ejemplos de esta concepción jurídica cabe citar en primer término la Ley argentina 24.240 de 22 de septiembre de 1993³⁰⁶ que define al consumidor como “la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en

³⁰⁴ Artículo 2.1-“*Considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma atividade econômica que vise a obtenção de benefícios*”.

³⁰⁵ Puede advertirse también en el reconocimiento expreso de la posibilidad de las personas jurídicas como consumidoras. Sobre el tema en general, cfr. ELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia y KLEIN VIEIRA, Luciane, “La noción de consumidor en el Mercosur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, Nº 2, pp. 71-84, donde se analiza el concepto de consumidor en Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

³⁰⁶ Reformada por la Ley nº 26.361 de 7 de abril de 2008.

beneficio propio o de su grupo familiar o social”. Del mismo modo, el ordenamiento argentino proporciona plena cobertura al usuario o consumidor material, equiparando expresamente dentro del concepto de consumidor “a quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”³⁰⁷. La misma solución es seguida por los otros grandes países de la región. Así en el caso de Brasil, el *Código de Defesa do Consumidor*, aprobado por Ley n° 8.078, de 11 de septiembre de 1990, califica como consumidor a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza un producto como destinatario final³⁰⁸. Finalmente, podemos presentar el ejemplo mexicano cuya Ley federal de Protección al Consumidor, publicada el 24 de diciembre de 1992, califica como consumidor a la persona física o moral que adquiere, realiza o disfruta como destinatario final bienes, productos o servicios (artículo 2.I)³⁰⁹.

Como excepción a esta tendencia de las leyes latinoamericanas de defensa del consumidor, casi todas promulgadas en los años noventa, debemos mencionar el caso peruano cuyo Código de Protección y

³⁰⁷ En los mismos términos se pronuncia el artículo 1.092 del Código Civil y Comercial.

³⁰⁸ Artículo 2° “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquiere ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Sobre la vinculación entre el Derecho de Consumo y la prestación de servicios sanitarios a través de planes privados de salud en Brasil, *vid.*, GREGORI, Maria Stella. *Planos de Saúde: a ótica do consumidor*. 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

³⁰⁹ No obstante, la norma fue modificada en 2004 para introducir una más que confusa adición. Así se amplía el concepto y se incluye en el mismo a la persona física o moral que adquiera, almacene, utilice o consuma bienes o servicios con objeto de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros, únicamente a efectos de reclamaciones y solicitudes arbitrales que, de este modo, se regirían por el principio de bidireccionalidad.

Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley nº 2.957, de 1 de septiembre de 2010, recoge la tendencia comunitaria al utilizar la delimitación negativa mediante el sistema de ajenidad. Así su artículo IV.1 define a los consumidores o usuarios como “las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Asimismo se introduce un criterio para calificar los actos mixtos dado que “no se considera consumidor para efectos de este Código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio *normalmente* destinado para los fines de su actividad como proveedor”. Incluso como importante novedad en este ámbito, se ensancha el concepto de consumidor (fenómeno de generalización del Derecho de Consumo al que luego nos referiremos) para incluir a los llamados “microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios que no formen parte del giro propio del negocio”.

1.4.3.- El concepto de consumidor en el Derecho estatal

En el Derecho español, la Ley 3/2014 ha procedido a modificar el artículo 3 TRLGDCU que ya contenía importantes diferencias con su predecesor artículo 1 de la LGDCU de 1984. Para una adecuada exposición y valoración de los mismos resulta ilustrativo examinar separadamente los tres conceptos.

1.4.3.a). El sistema de “destinatario final” de la LGDCU de 1984

La LGDCU de 1984 configuraba un sistema de delimitación por partida doble de la condición de consumidor. Para ello regulaba el concepto de consumidor en dos apartados diferentes de su artículo 1. De

un lado, el artículo 1.2 contenía una delimitación positiva del concepto, esto es, señalaba los requisitos del sujeto al se concedía la consideración legal de consumidor. Así se decía que:

“2. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”.

De este modo el concepto, según la doctrina mayoritaria, se acogía en su formulación positiva a la posibilidad de protección tanto del consumidor jurídico (“las personas físicas o jurídicas que adquieren”) como el concepto material de consumidor (“las personas físicas o jurídicas que...utilizan o disfrutan”), exigiéndose en ambos casos que el sujeto protegido fuese el destinatario final del bien o servicio.

Junto esta delimitación positiva el precepto se completaba con una delimitación negativa, recogida en el artículo 1.3, que, a tal efecto señalaba que:

“3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

Así quedaban fuera del ámbito protector todos los supuestos en reintroducción del producto o servicio en el mercado. En todo caso, para nuestro análisis, señalemos que el concepto legal de 1984 evidentemente

resultaba aplicable al usuario de servicios sanitarios en tanto que destinatario final de un servicio.

1.4.3.b). El sistema de “ajenidad de propósito empresarial” en el TRLGDCU de 2007

La redacción originaria del TRLGDCU de 2007 abandonó el criterio del destinatario final para pasar a inscribirse en el contexto de la finalidad ajena al uso empresarial o profesional. Así el artículo 3 TRLGDCU expresamente disponía que:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”.

Posteriormente, la Ley 3/2014, con la finalidad de transponer la Directiva 2011/83, modificará diferentes preceptos del TRLGDCU³¹⁰ y, entre ellos, el artículo 3 TRLGDCU al que da nueva redacción, para ajustarlo a la literalidad del concepto de consumidor que aparece en el artículo 2.1 de dicha directiva. Sus términos son los siguientes:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son

³¹⁰ Cfr. CORDERO LOBATO, Encarna, “¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, pp.110-111, 108-115, señalaba varias opciones para la transposición: a) promulgar, como norma independiente, una Ley de Derechos de los Consumidores que no tenga por objeto modificar otras disposiciones, sino reproducir; b) incorporar la Directiva al TRLGDCU, modificándolo en aquello que sea incompatible con la nueva regulación e introduciendo las nuevas disposiciones que sean necesarias; y c) elaborar un Código de Consumo, como cuerpo ordenado de disposiciones estatales sobre en la materia. El legislador estatal, como se sabe, optó por la segunda.

consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”.

En este sentido, la exégesis del precepto permite hacer las siguientes consideraciones:

1ª.- El precepto se dicta es “a los efectos de esta norma”, esto es, del TRLGDCU exclusivamente, que regularía de este modo un concepto “general” de consumidor que, en ningún caso, debe confundirse con la noción abstracta que viene equiparar consumidor con ciudadano. De hecho, la rúbrica del precepto resulta indicativa: “concepto *general* de consumidor”. Quiere ello decir, como posteriormente veremos cuando abordemos la consideración del usuario de servicios sanitarios como consumidor especial, que el concepto general que proporciona el artículo 3 TRLGDCU, lo es en su consideración de norma de cabecera del grupo normativo dedicado a la protección jurídica de los consumidores, pero que ello se entiende sin perjuicio de las definiciones de consumidor que aparecen en otras normas sectoriales³¹¹.

2ª.- El precepto que se dicta es “sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto”, esto es, de la disciplina

³¹¹ FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y TORRES LÓPEZ, Francisco, en “Capítulo I. Ámbito de aplicación”..., ob.cit., p.60, precisan que, si atendemos a su rúbrica, el artículo 3 ofrece un concepto general de consumidor si bien el alcance real de dicha expresión puede llevar a equívoco, de modo que general no puede significar “único”, pues no es posible referirse a un único concepto general de consumidor.

relativa a dos bloques normativos. En primer término, se deja fuera el libro tercero (“responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”) cuyo ámbito de aplicación es mucho más amplio ya que se protege al perjudicado (artículo 128 TRLGDCU³¹²), con independencia de que en el mismo concorra la condición de contratante. Con ello, se da la misma solución que la prevista en el artículo 4 de la Directiva 5/374 CEE del Consejo de 25 de julio de 1985 en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Dicha medida ya aparecía, por otra parte, en la primera transposición de la Directiva efectuada por la hoy derogada Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos³¹³. También quedarían fuera las disposiciones del libro cuarto dedicadas a los viajes combinados, cuyo artículo 151.1g) proporciona un concepto especial de consumidor o usuario como “cualquier persona en la que concorra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario”, incluyendo por tanto también al consumidor material. El precepto traía causa de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados que sin embargo, como ya hemos mencionado, ha resultado derogada por la nueva Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que amplía el ámbito de protección para incluir a los viajeros, concepto en el que se pretende incluir no sólo al

³¹² Según el cual “todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios”.

³¹³ Todos los preceptos de la Ley 22/1994 venían referidos al perjudicado, dejando clara su Exposición de Motivos que “los sujetos protegidos son, en general, los perjudicados por el producto defectuoso, con independencia de que tengan o no la condición de consumidores en sentido estricto”.

consumidor en sentido estricto sino también a viajeros de negocios, incluidos los que ejercen profesiones liberales, o a los trabajadores autónomos u otras personas físicas, en la medida en que no organicen sus viajes sobre la base de un convenio general, lo que exigirá la correspondiente transposición. La nueva Directiva es indicativa pues de un fenómeno que nos atrevemos a calificar de ensanchamiento o *generalización del Derecho de Consumo*, ya que sus preceptos serán aplicables no sólo a las relaciones entre empresarios y particulares (consumidores en sentido estricto) sino también a las relaciones entre empresarios y profesionales liberales o pequeños empresarios en la medida en que exista asimetría posicional. Esta situación, cuyo precedente más conocido es el reconocimiento al empresario o profesional de la condición de adherente de condiciones generales de la contratación³¹⁴, recuerda el proceso equivalente de generalización del Derecho mercantil, por lo que acaso podríamos decir, parafraseando a ASCARELLI, que también el Derecho de Consumo puede llegar a morir de éxito³¹⁵. En todo caso, el plazo de transposición de la nueva Directiva finaliza el 1 de enero de 2018 (artículo 28 de la Directiva 2015/2302), lo que exigirá del legislador nacional plantearse si la nueva regulación se integra en el libro cuarto del TRLGDCU, en cuyo caso el texto quedaría desnaturalizado en cierta medida por incluir nuevos sujetos protegidos, o bien se apuesta por una

³¹⁴ El artículo 2.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, permite que el adherente pueda ser *también* un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

³¹⁵ Como resulta conocido, el insigne autor italiano se refería al *Diritto commerciale* señalando que, como consecuencia de su generalización y su integración en el *Codice civile* italiano de 1942, alcanzó su mayor éxito en el momento de su muerte (ASCARELLI, Tulio, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, Trad. Evelio Verdura, Bosch, Barcelona, 1964. 1964, p. 30). Más recientemente, recogiendo la situación en el Derecho español, BELTRAN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho Privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995, pp. 57-58.

ley autónoma de viajes combinados, como se hizo con la Ley 21/1995, de 6 de julio, hasta su refundición por el TRLGDCU. Todo ello pone de manifiesto claramente las dificultades, no ya de codificación del Derecho de Consumo, sino de la más modesta tarea de refundición como consecuencia de ámbitos subjetivos de aplicación fragmentados³¹⁶.

3ª.- El precepto exige que los destinatarios de la protección “actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”, introduciendo el más amplio sistema de ajenidad de propósito empresarial frente al criterio del destinatario final, por lo que la consideración de consumidor se efectúa a partir de una delimitación negativa³¹⁷. En este sentido el inciso, que reproduce la literalidad del artículo 2.1 de la Directiva 2011/83, plantea dos novedades frente a la redacción originaria de 2007. En primer término, introduce un matiz subjetivo hasta ahora inexistente, pues se habla de “propósito” expresión

³¹⁶ A este aspecto nos referiremos más adelante cuando examinemos la regulación los contratos de consumo en el seno del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. Con carácter general, cfr. CÁMARA LAPUENTE, Sergio “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, ob.cit...., pp. 105-151. Sobre los diferentes modelos, CARRASCO PERERA, Ángel, *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2002, pp. 36-41.

³¹⁷ Así lo defienden CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”..., ob.cit., p.94. ARROYO I AMAYUELAS, Esther “Hacia un Derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, en BOSCH CAPDEVILA, Esteve (Dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 223; ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “La noció de consumidor i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, nº 9, 2008, p. 13. En contra, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), “Comentario al artículo 3” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.90, quien señala que “la nueva definición del consumidor como quien actúa al margen de su profesión no debería suponer un cambio sustancial frente a la definición del consumidor como destinatario final”.

que atendiendo a su literalidad parece aludir a un elemento de intencionalidad en la conducta del sujeto protegido frente a la más aséptica y objetiva redacción del texto de 2007 que se refería, sin más, a “un *ámbito* ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Entendemos, por ello, que la modificación de “propósito” por “ámbito”, pese a que ha sido calificada como irrelevante por algún autor³¹⁸, puede introducir el debate sobre la aplicabilidad del precepto a situaciones objetivamente empresariales pero subjetivamente carentes de tal condición, de modo que se ampliaría el abanico de sujetos protegidos³¹⁹.

³¹⁸ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”, *CESCO de Derecho de Consumo*, nº9, 2014, pp. 10 y 11, se muestra escéptico sobre las novedades reales que la definición implica en relación con el texto de 2007, señalando, en relación con la diferencia entre “ámbito” y “propósito” que “esta diferente redacción carece de consecuencia alguna. Pues ambas definiciones se basan en un criterio negativo. Lo relevante es que el consumidor actúe con un propósito ajeno, con unos fines ajenos, o en un ámbito ajeno a su actividad empresarial. La referencia al «propósito» (o a los «fines», que es la expresión utilizada en el concepto de consumidor en la Directiva 2013/11/UE, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo) remite a un parámetro subjetivo. Pero la utilización del término “actuar” hace referencia a un criterio objetivo, que se aproxima al «acto de consumo», según el cual lo decisivo no es el propósito o finalidad perseguida por el acreditado, que le llevó a la obtención de ese crédito, sino el destino efectivamente dado al bien o servicio recibido”.

³¹⁹ Sin embargo, favorable a la nueva redacción REYES LÓPEZ, María José, “La Reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, 2015, que señala que “la modificación de dicha definición cabe entender que ha sido acertada en cuanto se muestra en la línea ya iniciada con el TRLGDCU de simplificar la inicial definición dada por la LGDCU, en la que la cualidad de consumidor no se encontraba implícita en la persona sino íntimamente vinculada con la finalidad del acto que se realizase y el destino que se le asignase en relación al mercado, para que lo que se atendía, y se sigue atendiendo, a la celebración de un acto de consumo” (p. 258). La autora pone de relieve que “las modificaciones que el precepto ha introducido consisten en concretar el ámbito de aplicación de la normativa de consumo pasando de contemplar cualquier tipo de acto que realice el sujeto vinculada con una actividad empresarial o profesional a concretarla al ámbito de conductas o comportamientos que se realicen vinculados con la actividad comercial o profesional específico que realice el sujeto, a diferencia del texto

4º.- La segunda novedad radica en que existe una diferencia no sólo de sustantivo sino también de determinante. El texto de 2007 emplea el determinante indefinido “*un*” (“en *un* ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional” mientras que la reforma de 2011 utiliza un determinante posesivo “*su*” (“que actúen con un propósito ajeno a *su* actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”). Podría entenderse que dicha diferencia implicaría una reducción de la actividad empresarial excluida y, correlativamente, una ampliación del concepto de consumidor que abarcaría los actos indirectamente relacionados con la actividad empresarial³²⁰. Se ha señalado que dicha idea resultaría incompatible con la propia exposición de motivos del TRLGDCU que deja claro que es consumidor, quien “interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, *ni directa, ni indirectamente*, en

anterior, que de modo genérico lo relacionaba a cualquier actividad comercial, profesional o empresarial. Supone, en suma, concretar el concepto de consumidor en la idea de persona ajena a la actividad empresarial o no empresaria. Por esta misma razón, aunque se ha indicado que los denominados supuestos dudosos pueden seguir dándose igualmente, a mi entender, el cambio operado permite excluir las dudas antes existentes, de forma que cualquier acto que realice el empresario, comerciante o profesional que resulte ajena a su actividad podrá ser considerada acto de consumo. Además, el recurso al considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE permite establecer el criterio de que, en caso de duda, habrá que estar a la naturaleza del acto realizado, debiendo quedar excluidos aquellos actos en que el uso profesional sea realmente marginal” (p. 260).

³²⁰ Así parece inferirse de lo señalado por REYES LÓPEZ, María José, “La Reforma introducida en el TRLGDCU...” ob.cit, p. 260, cuando señala que “las modificaciones que el precepto ha introducido consisten en concretar el ámbito de aplicación de la normativa de consumo pasando de contemplar cualquier tipo de acto que realice el sujeto vinculada con una actividad empresarial o profesional a concretarla al ámbito de conductas o comportamientos que se realicen vinculados con la actividad comercial o profesional específico que realice el sujeto, a diferencia del texto anterior, que de modo genérico lo relacionaba a cualquier actividad comercial, profesional o empresarial. Supone, en suma, concretar el concepto de consumidor en la idea de persona ajena a la actividad empresarial o no empresarial”.

procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”. No obstante, aun apreciable, no se trata de un argumento definitivo pues podría oponerse de contrario que la exposición de motivos es anterior a la reforma de 2014³²¹. En este sentido, creemos que la razón para excluir la actividad indirectamente empresarial del concepto de acto de consumo descansa en el concepto restrictivo de consumidor que resulta de la jurisprudencia del TJUE³²². Ello no obstante, alguna explicación habrá que otorgar al cambio de redacción. Por nuestra parte, entendemos que se trata de una cuestión meramente sintáctica de modo que, cuando se habla de “su actividad” no se está queriendo incluir la actividad indirectamente empresarial sino simplemente que el empresario, en tanto en cuanto no actúe como tal, podrá tener la condición de consumidor en relación con su actividad privada, doméstica o particular, esto es, en relaciones ajenas a “su” actividad empresarial³²³. No obstante, téngase en cuenta que, en

³²¹ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”..., ob.cit., p. 12.

³²² Argumento también apuntado por MARÍN LÓPEZ, *Ibidem*, p. 12, quien señala que ninguna Directiva europea los califica como consumidores, y de hecho, la jurisprudencia del TJUE tampoco los reputa como tales, aunque contraten en ámbitos no directamente relacionados con su actividad comercial (SSTJCE 14 de marzo de 1991, asunto C-361/89; 3 de julio de 1997, asunto C-269/95). Además añade otro interesante argumento sistemático: el nuevo artículo 3, párrafo segundo, referido a las personas jurídicas sigue utilizando la expresión “ajeno a una actividad comercial”. Si bien se trata de un trabajo anterior a la reforma de 2014, también contrario, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”..., ob.cit., p.105.

³²³ Tomemos el gráfico ejemplo propuesto por MARÍN LÓPEZ, *Ibidem*, p. 11: “Un empresario dedicado a la venta de calzado instala una alarma en su establecimiento comercial, o contrata los servicios de unos pintores para que pinten el local. Ni la alarma ni la pintura tienen una relación directa con el núcleo de la actividad comercial de ese sujeto. Pero es evidente que tampoco se destinan a satisfacer necesidades personales. Bajo nuestro punto de vista, la nueva redacción del artículo 3 TRLGDCU no permite entender que resulta consumidor, pues la instalación de la alarma está vinculada a su actividad empresarial”.

tanto transcurra el tiempo necesario para que estos asuntos sean conocidos en casación por el Tribunal Supremo, alguna jurisprudencia menor está interpretando la nueva redacción de Ley 3/2014 en sentido amplio, dando relevancia al posesivo antes señalado³²⁴.

5ª.- La tercera novedad es la mención, al igual que se hace en la Directiva, no sólo a la actividad empresarial o profesional, ya presentes, sino también al ejercicio de comercio o profesión. En este caso, consideramos que la inclusión de dichos términos en nada enriquece el texto, en la medida en que la mención a la actividad empresarial o profesional ya eran suficientemente omnicomprendivas de la actividad comercial o del ejercicio de un oficio. De hecho, curiosamente, no se han extendido a la definición de personas jurídicas consumidoras del párrafo segundo del artículo 3. En este sentido, creemos que la incorporación de tales términos responde más bien al ánimo estético de replicar la definición comunitaria que a la decisión de añadir nuevos conceptos³²⁵.

³²⁴ Así la SAP de Pontevedra de 14 octubre de 2014 (JUR\2015\8061), una de las primeras que aplica la reforma de 2014, aborda el caso de la adquisición de local comercial por personas físicas, mediante compraventa, con el propósito de la puesta del bien en arrendamiento, con ánimo de lucro señalando: "No desconocemos ni el valor interpretativo general de los preámbulos legislativos ni, por supuesto, el valor vinculante y la aplicación preferente de las normativa y jurisprudencia comunitarias pero nos parece que el concepto empleado en el Texto Refundido, básicamente coincidente con el comunitario, obliga a incluir supuestos en el concepto de consumidor que quedarían excluidos en una interpretación estricta de la anterior normativa. Así, la adquisición de un inmueble para introducirlo en el mercado, ya sea para revenderlo, ya para obtener un lucro mediante cualquier forma de explotación, realizada por un particular, al margen de "su actividad" empresarial o profesional (la norma comunitaria es más genérica, cuando el lugar del pronombre utiliza el indeterminado "una actividad") resultaría incluida en el concepto comunitario de consumidor, mientras que en la medida en que ese bien se adquiere para una finalidad diversa del destino o consumo puramente privado, excluiría la aplicación de la normativa de consumo si se exigiera que el consumidor ostentara la condición de destinatario final".

³²⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), "Comentario al artículo 3"... , ob.cit., p.91, comentando la anterior redacción del artículo 3 TRLGDCU señalaba que la adaptación del concepto de consumidor al del

6ª.- Sentado lo anterior queremos reparar en la expresión “actúen”, presente tanto en la redacción originaria del artículo 3 TRLGDCU como en su posterior modificación. El verbo “actuar”, de acuerdo con la doctrina más autorizada permite hablar de la existencia de un “acto de consumo”, concepto que iría más allá del de contrato de consumo³²⁶. Así, el término “actuar” permite cubrir no sólo las relaciones contractuales, sino cualquier acto de consumo comprendido en los verbos “adquirir, utilizar o disfrutar” que la noción previa de la LGDCU empleaba³²⁷. En este sentido, la Exposición de Motivos del TRLGDCU, en su apartado (II) que ya hemos reproducido, señala que “el consumidor y usuario,

Derecho comunitario podría haberse producido sin necesidad de mencionar la actuación ajena al ámbito profesional. Bastaría con haber mencionado la actuación ajena al ámbito empresarial, puesto que este último comprende también aquél. Coincidimos básicamente con esta opinión, siempre y cuando se entienda empresario en sentido amplio como sujeto que realiza una actividad organizada y estable de producción de bienes o servicios para el mercado, pero al mismo tiempo, creemos que no estaba de más la inclusión del término “profesional” para despejar cualquier atisbo de duda sobre la sujeción al Derecho de Consumo de los profesionales liberales. Afortunadamente esta cuestión ya se encuentra en todo caso superada [STJUE de 15 de enero de 2015 -Asunto Birute Siba y Arunas Devenas- C 537/13-, a la que luego nos referiremos]. MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”..., ob.cit., p.11, también entiende innecesarias las nuevas alusiones a la actividad comercial y al oficio al tratarse de conceptos intercambiables. Así se infiere del nuevo art. 3.II (dedicado a las personas jurídicas consumidoras), que sólo se refiere a la actividad comercial o empresarial. En consecuencia, no hubiera sido necesaria una modificación legal.

³²⁶ El concepto de “acto de consumo” fue definido por CALAIS-AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, ob. cit. p.1 como “el acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio con vistas a satisfacer una necesidad personal o familiar” para luego definir al consumidor como la persona que realiza el acto de consumo.

³²⁷ ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki, “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6, 2013. BIB 2013\1417. BOTANA GARCÍA Gemma A., “Noción de consumidor en el Derecho comparado”, *Estudios de Consumo*, nº 18, Julio 1990, p.61, señala también que el concepto de contrato de consumo es demasiado restringido.

definido en la ley, es la persona física o jurídica que *actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*, esto es, que *interviene en las relaciones de consumo* con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros”³²⁸. Por nuestra parte, más que de “acto de consumo”, siquiera sea por la reminiscencia que parece evocar en relación con el denostado acto de comercio para explicar el Derecho mercantil, preferimos la categoría de “relación de consumo”, o mejor aún, “relación jurídica de consumo”, habida cuenta de la existencia de un concepto económico de consumidor. Si bien es cierto que la categoría no aparece positivizada en el TRLGDCU, cuenta con su expresa mención en la Exposición de Motivos y con su reconocimiento en el Derecho comparado. En este sentido, la diferencia entre relación de consumo y contrato de consumo, luce clara en el nuevo Código Civil y Comercial argentino, aprobado por la Ley n° 26.994, de 1 de octubre de 2014, que distingue claramente ambos conceptos, permitiendo así sostener la existencia de relaciones de consumo contractuales y extracontractuales³²⁹. De este modo, aun

³²⁸ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”..., ob.cit., p. 91 alaba el pasaje señalando sus ventajas frente a la LGDCU dado que “con el mismo objetivo de simplificación, se han sustituido los verbos que definían la actividad de los consumidores (adquirir, utilizar o disfrutar) por el más neutro y omnicomprendivo sintagma de «intervenir en relaciones de consumo», lo cual, en sintonía con el término «actuar» del art. 3 TR-LGDCU parece reivindicar la categoríamás objetivada del «acto de consumo»”.

³²⁹ Así su artículo 1.092 define la *relación de consumo* como “el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor”, considerando *consumidor* “a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social” así como “a quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de

ciertamente fuera del articulado, el TRLGDCU parece reconocer la existencia de relaciones de consumo no contractuales de modo que el concepto de “relación jurídica de consumo” iría más allá de lo que es un vínculo contractual. Por ello, el TRLGDCU no abandonaría la posibilidad de proteger al consumidor material en los términos que ya hiciera su predecesora de 1984. De hecho, obsérvese la utilización de la conjunción disyuntiva en el texto del artículo 3 TRLGDCU³³⁰.

su grupo familiar o social”. Por su parte, el artículo 1.093 define el contrato de consumo como el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

³³⁰REYES LÓPEZ, María José, “La Reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información”..., ob. cit. p. 261, señala que “el art. 3 no sólo define al consumidor sino también al usuario. Dicha inclusión implica que nuevamente se ha desaprovechado la posibilidad de unificar ambos términos en cuanto en la mayor parte de ocasiones el primero de ellos engloba ambos comportamientos, sin perjuicio de que para determinadas materias sólo cabría hablar de usuarios (...) circunstancia que haría más recomendable una revisión del uso reiteradamente conjunto de ambos términos, pasando a su utilización únicamente cuando realmente se esté aludiendo a relaciones jurídicas distintas o, en su caso, propiciar la sustitución de la conjunción copulativa «y», por la disyuntiva «o»”. También CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº1, 2008, Westlaw BIB 2008\24,p.4, indica que “es una pena, sin embargo, que el autor de la refundición no haya aprovechado la oportunidad para «deshacerse de los usuarios» o, dicho ahora en serio, para sustituir nuestro bimembre concepto legal «consumidor y usuario» por el más acuñado en el Derecho comparado y fácil de manejar de «consumidor». El léxico jurídico español no padecería mucho, creo yo, por aceptar que es también consumidor el prestatario de un servicio, el arrendatario de un vehículo de alquiler o quien usa un producto o servicio que no ha contratado personalmente”. No obstante, cabe señalar por nuestra parte que si bien es cierto que la rúbrica del artículo 3 emplea la conjunción copulativa en el texto del artículo se emplea la disyuntiva. En todo caso compartimos la deseable unificación terminológica, cuestión por otra parte ya resulta en varias leyes autonómicas que correctamente emplean únicamente el término “consumidor”(v.gr. artículo 2 de la Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja, o artículo 3 de la Ley

7^a.- Sigue sin solución legislativa expresa la cuestión de los actos mixtos, esto es, los actos de doble propósito, empresarial y doméstico o particular, sobre los que también guarda silencio el articulado de la Directiva 2011/83. No obstante, el apartado 17 de su Exposición de Motivos, nos da una clara guía hermenéutica al señalar de forma expresa que “la definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”³³¹. Es por ello que entendemos que en estos casos, tal y como se ha plasmado en la legislación alemana e inglesa, y entre nosotros en la cántabra, entendemos que debe otorgarse a estos supuestos el protección tuitiva a los actos de naturaleza principalmente particular o privada³³².

2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias). En otras, se incluye una mención a que las referencias al término consumidor también engloban al usuario [v.gr. artículo 3.a) in fine de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía].

³³¹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”..., ob.cit. p. 107; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”..., ob.cit., p. 17.

³³² A favor, TOMILLO URBINA, Jorge, “Realidad y futuro del sistema arbitral de consumo. Una aproximación crítica desde la experiencia cántabra”..., ob.cit., pp. 41 y 42; DE LEÓN ARCE, Alicia, “La protección legal de consumidores y usuarios en España”, en DE LEÓN ARCE, Alicia (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 139; En contra, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”..., ob.cit., p. 113 quien, tras describir posibles criterios, señala que aras de la seguridad jurídica, “resulta imperioso que el legislador se pronuncie sobre este

8ª.- Finalmente, cabe indicar que el nuevo artículo 3 introduce un segundo párrafo dedicado a las personas jurídicas como consumidoras, peculiaridad tradicional y exclusiva del Derecho de Consumo español y que no aparece contenida en la directiva. Esta consideración ya aparecía contenida en la versión originaria del TRLGDCU aclarando ahora la nueva redacción qué requisitos deben ostentar las personas jurídicas protegidas (actuación sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial) y extendiendo su tuición a las entidades sin personalidad jurídica que cumplan con los mismos. Como es obvio, la cuestión de las personas jurídicas como consumidoras resulta ajena al objeto de nuestra investigación por lo que prescindimos de mayores detalles, sin perjuicio de lo que señalaremos para las cooperativas sanitarias

1.4.4.- El concepto de consumidor en el Derecho autonómico

El concepto de consumidor que aparece en la normativa autonómica es en buena parte tributario del concepto de destinatario final del artículo 1.3 LGDCU de 1984, si bien algunas disposiciones de las

punto. Mientras tanto, parece preferible realizar una interpretación conforme del art. 3 TRLGDCU con el Derecho comunitario, de manera que se siga manteniendo una interpretación restrictiva de la noción de consumidor (STJCE 3 julio 1997, asunto Benincasa, §§ 16-17), y, en consecuencia, de acuerdo con la STJCE 20 enero 2005 (Gruber), sólo debería recibir protección como consumidor si el uso profesional es marginal e insignificante”; con cita de la SAP de Alicante 18 diciembre 2008 (EDJ 2008/334998) ante un caso de empresa arrendataria financiera y adquirente final de un vehículo para uso particular de la administradora y su esposo que descartó la condición de consumidor [Vid. también CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Comentario al artículo 3” en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, Colex, 2011, p. 146]; En la misma línea, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”...,ob.cit., p. 13, que opina que “no basta no basta con que se actúe principalmente en un ámbito ajeno a la actividad comercial, sino que es preciso que el uso o destino profesional sea mínimo”.

Comunidades Autónomas han ido modificándose para ser adaptadas a los nuevos parámetros europeos. Así cabe diferenciar fundamentalmente tres grupos, si bien todo caso cabe advertir que, en caso de conflicto habrá que estar al TRLGDCU:

1.4.4.a) Normas autonómicas que emplean el criterio del destinatario final (doble delimitación positiva y negativa)

La gran mayoría de normas autonómicas no han adaptado sus textos, no ya a la modificación del TRLGDCU de 2014, sino tampoco a la redacción originaria de 2007. Por ello siguen ancladas en el sistema de doble delimitación, positiva y negativa, atendiendo como parámetro rector al carácter de destinatario final del sujeto. Así las cosas, existe un primer grupo de normas autonómicas que son tributarias de la ley estatal de 1984, lo cual, en línea de principio, era lógico si tenemos en cuenta que su aprobación es anterior al TRLGDCU³³³. Es el caso de las normas aprobadas en 1998 [Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid³³⁴, si bien resultó modificada por Ley 14/2001, 26 diciembre], 2001 [Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura³³⁵], 2002 [Ley del

³³³ Lo que ya escapa de la lógica jurídica es que la ociosidad normativa del respectivo legislador autonómico haya impedido su modificación para adaptar cada norma al TRLGDCU.

³³⁴ Su artículo 2.1 también señala “son consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de las entidades, empresas o profesionales, colegiados o no, que los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo”.

³³⁵ El artículo 2 establece que “a los efectos de la presente Ley, se entiende por consumidores todas las personas físicas o jurídicas de cualquier

Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios³³⁶], 2003 [Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias³³⁷, Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía³³⁸ y Ley del País Vasco 6/2003,

nacionalidad o residencia que, como destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. No tendrán la consideración de consumidores los que integren los productos, bienes o servicios en un proceso productivo, de comercialización o prestación de servicios, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo”.

³³⁶ El artículo 2 considera consumidores y usuarios a “las personas físicas o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten en el territorio del Principado de Asturias productos, actividades o servicios para su consumo o uso personal, familiar o colectivo, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quien lo produce, facilita, suministra, expide o presta”. El apartado 2, por el contrario señala que “no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.

³³⁷ Su artículo 2 señala que “a los efectos de esta Ley, se entiende por consumidor o usuario toda persona física o jurídica a la que se ofertan bienes, productos y servicios, o los adquiere, utiliza o disfruta, como destinatario final, para uso o consumo personal, familiar o colectivo, siempre que quien los ofrezca o ponga a su disposición ostente la condición de empresario o profesional, con independencia de su naturaleza pública o privada. No tendrán la consideración de consumidores y usuarios quienes, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos y servicios dentro del ámbito de una actividad empresarial o profesional.

³³⁸ Su artículo 3.a) emplea una doble delimitación, positiva y negativa definiendo a los consumidores y usuarios como “las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios. No tienen esta consideración las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos. Además aclara en su artículo 3.b) que son destinatarios finales, “las personas físicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios cuya exclusiva finalidad sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico” así como “las personas jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios destinados de forma desinteresada, gratuita o sin ánimo de lucro a sus trabajadores, socios o miembros o para ellas mismas.- Las entidades

de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías³³⁹], 2005 [Ley Castellano-manchega 1/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor³⁴⁰], 2006 [Ley Foral de Navarra 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios³⁴¹ y Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón³⁴²].

asociativas sin personalidad jurídica que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios sin ánimo de lucro”.

³³⁹ El artículo 3.1 define a las personas consumidoras y usuarias como “las personas físicas o jurídicas de cualquier nacionalidad o residencia que adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarias finales, bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, siempre que el proveedor sea una empresa, profesional o la propia Administración cuando preste servicios o suministre productos en régimen de derecho privado”. La delimitación negativa aparece en el apartado 2 : “no tendrán la consideración de personas consumidoras o usuarias las personas físicas o jurídicas que integren los productos, bienes y servicios en un proceso productivo, de comercialización o prestación de servicios, aun cuando dicha integración no implique un beneficio directo”.

³⁴⁰ Su artículo dispone que “1. A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 2.- No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

³⁴¹ Su artículo 2.1 entiende por consumidores y usuarios “las personas físicas o jurídicas a las que se oferten bienes, productos o servicios, y las que los adquieran, utilicen o disfruten, como destinatarios finales, para uso o consumo personal, familiar o colectivo, siempre que quien los ofrezca o ponga a su disposición ostente la condición de empresario o profesional, con independencia de su naturaleza privada o pública siempre que, en este último caso, desarrolle su actividad empresarial o profesional en régimen de derecho privado”. El concepto negativo aparece en el artículo 2.2 “No tendrán la consideración de consumidores y usuarios quienes adquieran, utilicen o disfruten bienes, productos y servicios dentro del ámbito de una actividad empresarial o profesional”.

³⁴² La delimitación positiva aparece en su artículo 3.1 que señala que “a los efectos de esta Ley, tienen la consideración de consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas y las entidades asociativas sin personalidad jurídica que, en concepto de destinatarios finales, adquieren, utilizan o

Llama, sin embargo, la atención que siendo posterior en el tiempo al TRLGDCU de 2007, la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, continúe empleando el viejo sistema de delimitación doble³⁴³.

1.4.4. b) Normas autonómicas que emplean el sistema de ajenidad

Cabe aquí citar, el Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio³⁴⁴, la Ley 4/1996, de 14 de junio, del

disfrutan productos, bienes o servicios de naturaleza pública o privada”. Se aclara, en este sentido, la determinación de los sujetos que actúan a título de destinatarios finales en el artículo 3.2 que menciona: a) Las personas físicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes, productos o servicios de naturaleza pública o privada cuya exclusiva finalidad es el uso o disfrute personal, familiar o doméstico; y b) Las personas jurídicas y las entidades asociativas sin personalidad jurídica que adquieren, utilizan o disfrutan sin ánimo de lucro bienes, productos o servicios de naturaleza pública o privada. Finalmente, el artículo 3.3 prevé una delimitación negativa al señalar que “no tienen la condición de consumidores y usuarios los sujetos anteriores cuando adquieren, utilizan o disfrutan bienes, productos o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios”.

³⁴³ El artículo 3.1 de dicha ley establece una delimitación positiva “es consumidor toda persona, física o jurídica, pública o privada, cualquiera que sea su nacionalidad o residencia, que adquiere o utiliza, o a la cual se le oferta, como destinatario final, un bien, cualquiera que sea su naturaleza, o un servicio, cualquiera que sea la forma y actividad en que consista, y cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, individual o colectiva, de aquellos que los produzcan, importen, faciliten, abastezcan o expidan, siempre que el destino final del mismo sea su uso personal, familiar o colectivo, ajeno a una actividad empresarial, profesional o artesanal”. De otra parte, el artículo 3.2 ofrece una delimitación negativa “no tendrán la consideración de consumidores quienes adquieren, utilizan o disfrutan de bienes o servicios con la finalidad de integrarlos, aunque sea parcialmente, en el marco de su actividad empresarial, profesional o artesanal, ya sea pública o privada, todo ello independientemente de la fase de producción o distribución de bienes y servicios en que se integren”. Incluso en el apartado 3, sorprendentemente, se aclara que “en ningún caso serán considerados como consumidores las cámaras oficiales de comercio, industria y navegación o cualquier otra entidad, pública o privada, representativa de intereses empresariales, profesionales, artesanales o sindicales”.

³⁴⁴ Su artículo 111-2.a) define a las personas consumidoras y usuarias como “las personas físicas o jurídicas que actúan en el marco de las relaciones

Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, en la redacción dada por la Ley 1/2008, 21 abril³⁴⁵ y la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana³⁴⁶. Todas ellas, recogen un concepto de consumidor con arreglo al criterio de ajenidad (“personas físicas o jurídicas que actúan en un *ámbito ajeno* a una actividad empresarial o profesional”), reproduciendo la redacción originaria del artículo 3 TRLGDCU

1.4.4.c) Normas autonómicas que combinan ambos criterios

Se trata de la Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 2 incluye un concepto positivo que combina el concepto del destinatario final y la ajenidad “general o principal” en este caso de objetivos (“las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales y con objetivos *generalmente* ajenos a cualquier actividad comercial o profesional”)³⁴⁷. Al mismo tiempo, contiene la tradicional delimitación negativa que regía en la LGDCU de

de consumo *en un ámbito ajeno* a una actividad empresarial o profesional. Tienen también esta consideración los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa. Cualquier referencia que se haga en la presente ley al concepto de persona consumidora se entiende hecha a la persona consumidora o usuaria en la medida que goza de bienes y servicios fruto de la actividad empresarial en el mercado”.

³⁴⁵ Su artículo 2.2 establece que “a los efectos de la presente Ley son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un *ámbito ajeno* a una actividad empresarial o profesional”.

³⁴⁶ Su artículo 2.1 entiende como consumidores y usuarios a “las personas físicas o jurídicas que actúan en un *ámbito ajeno* a una actividad empresarial o profesional”.

³⁴⁷ Para una exégesis de la norma, particularmente relevante en la medida en que su autor dirigió los trabajos prelegislativos, véase TOMILLO URBINA, Jorge, “Realidad y futuro del sistema arbitral de consumo. Una aproximación crítica desde la experiencia cántabra”..., ob.cit., pp. 42 y 43.

1984, vigente al momento de aprobarse la norma cántabra, pero con importantes adverbios matizadores (“no tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren *principalmente* los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo”). En efecto, merece destacarse que esta Ley da respuesta a la cuestión de los actos mixtos, aportando una solución, más tarde incorporada al DCFR de 2009, al BGB alemán en 2013 o a la *Consumer Rights Act* del Reino Unido de 2015, que consiste en atender a la finalidad principal de la adquisición o uso para calificar el acto³⁴⁸ como sujeto a la

³⁴⁸ Se suprime la referencia, presente en la Ley anterior, al necesario uso particular o colectivo que el consumidor ha de hacer de los bienes o servicios que adquiere, pero introduciendo simultáneamente la exigencia de que tal utilización sea ajena a cualquier actividad comercial o profesional. De esta forma, se sustituye un límite positivo -el necesario uso doméstico- por uno negativo -la ausencia de utilización profesional-, lo que facilita y aclara la interpretación del precepto haciendo que ni siquiera sea cuestionable que, v. gr., una persona que adquiera un bien con la finalidad de regalarlo posteriormente se encuentre efectivamente protegida por la nueva Ley. Además, se ha puesto especial cuidado en introducir el adverbio “generalmente” para extender la protección legal a aquellos consumidores que realizan una operación en el mercado con carácter esporádico o eventual. No por ello dejan de ser merecedores de la protección legal, ya que su nivel de diligencia sigue siendo el de un buen padre de familia y no el de un ordenado empresario, manteniendo por tanto una situación de debilidad en relación con aquel que les hubiera facilitado el bien. Además, la Ley introduce un concepto negativo de consumidor cuya novedad estriba en que, a diferencia de la antigua LGDCU de 1984, la Ley de Cantabria elimina la clásica técnica de exclusión negativa –“sin constituirse en destinatarios finales”- sustituyéndola por la fijación de un parámetro positivo consistente en haber integrado los bienes en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado. Así se ensancha sustancialmente el ámbito protector de la Ley. Por un lado, quedan protegidos aquellos sujetos que utilizan los bienes adquiridos para realizar labores de transformación en el orden doméstico, personal o familiar. Por otro lado, la inclusión del adverbio «principalmente» permite -contrario sensu- extender la protección legal a todos aquellos que adquieran un bien para su uso personal o familiar aunque también lo utilicen -pero solo esporádicamente- en su negocio o empresa. Naturalmente, continuaría excluido de la protección legal el empresario que haga exactamente lo contrario.

ley, razón por la que la doctrina ha señalado que la disposición cántabra introdujo adverbios “de enjundia y cuño doctrinal y comunitario”³⁴⁹.

También en este tercer grupo, debe incluirse la Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja³⁵⁰, que prescinde de la delimitación negativa pero combina tanto el criterio del destinatario final como el de ajenidad para construir un concepto de consumidor.

1.4.5.- El usuario de servicios sanitarios como consumidor especial

1.4.5.a).- Fundamentos preliminares

Dibujado el concepto de consumidor “general” desde la cuádruple vertiente de su tratamiento jurídico-positivo en el ámbito comunitario, comparado, estatal y autonómico, nos encontramos en condiciones de analizar la posibilidad de traslación del concepto de consumidor al usuario de servicios sanitarios. En este sentido, señalemos en primer término, que se trataría de un consumidor especial o, si se prefiere, de un concepto especial de consumidor. Y ello porque el TRLDCU nos proporciona un concepto general no excluyente. En efecto, desde esta perspectiva, nuestra tesis descansa sobre los siguientes fundamentos de partida:

1º.- El concepto general de consumidor y usuario del artículo 3 TRLGDCU resulta perfectamente extensible al usuario de servicios

³⁴⁹ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”..., ob.cit. p.90.

³⁵⁰ Su artículo 2 señala que “A los efectos de esta ley, es consumidor toda persona física o jurídica que, actuando en un *ámbito ajeno* a una actividad empresarial o profesional, adquiera, utilice o disfrute como *destinatario final*, para uso o consumo personal, familiar o colectivo, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, siempre que quien los ofrezca o ponga a su disposición ostente la condición de empresario o profesional, con independencia de su naturaleza pública o privada”.

sanitarios dado que no cabe duda que es una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

2º.- Tampoco cabe reserva alguna sobre la consideración como consumidor, tanto de quien contrata los servicios sanitarios como de quien los utiliza sin haberlos contratado, puesto que estaría llevando a cabo un *acto de consumo*. En otras palabras, el consumidor material también queda al abrigo del TRLGDCU. A mayor abundamiento, si el bloque normativo material del TRLGDCU que debemos aplicar al usuario de servicios sanitarios es el de la responsabilidad por servicios o productos defectuosos (libro tercero) cualquier paciente se encontrará necesariamente incluido en su condición de perjudicado *ex* artículo 128. Ello se entiende sin perjuicio de que, como veremos en el capítulo correspondiente, la jurisprudencia ha querido limitar el alcance del artículo 148 TRLGDCU, relativo a la responsabilidad objetiva del prestador por servicios defectuosos, a los denominados “aspectos funcionales del servicio sanitario” con la finalidad última de que la prestación médica siga concibiéndose como una obligación de medios, de diligencia, o de mera actividad. Ello no obstante, el régimen de responsabilidad por daños causados por servicios y productos defectuosos resulta de aplicación plena al consumidor de estos.

3º.- Con independencia de lo anterior, recordemos que el concepto legal del TRLDCU se formula “a los efectos de esta norma”. Quiere ello decir que hay consumidores cuya disciplina no se encuentra recogida en su totalidad en el TRLGDCU, entre ellos, el usuario de servicios sanitarios. En este sentido, cabe sistematizar las leyes especiales que en el ordenamiento jurídico español proporcionan un concepto de consumidor,

del siguiente modo³⁵¹: a) *Leyes que concuerdan con el TRLGDCU*: bien en su redacción actual³⁵² o bien con su redacción originaria³⁵³

b) *Leyes que concuerdan con la LGDCU*: bien porque se remiten al artículo 1 de la misma 1984³⁵⁴ o porque lo reproducen³⁵⁵.

c) *Leyes que emplean el término “consumidor” sin definición ni remisión*³⁵⁶, por lo cabría interpretar que se hace en los términos del vigente TRLGDCU.

d) *Leyes tuitivas sectoriales* que se refieren al “usuario” en un sentido más amplio o distinto del TRLGDCU³⁵⁷

³⁵¹ Con algunas diferencias, tomamos la clasificación de CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”..., ob.cit. pp. 88-90. En este sentido, la sistematización se reelabora refundiendo algunos apartados, prescindiendo de las referencias a las leyes procesales, incluyendo Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, y actualizando las normas incluidas, algunas de ellas ya derogadas en la medida en que la clasificación propuesta por el citado autor se efectúa en 2010.

³⁵² Si bien es anterior a la reforma operada por la Ley 3/2014, ya introduce una redacción equivalente a la que proporciona el artículo 3 TRLGDCU, la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias [artículo 1.3]

³⁵³ Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [apartado e) del Anexo].

³⁵⁴ Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores [artículo 1.1.b)]; Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito [artículo 5] y Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo [artículo 2.1].

³⁵⁵ Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio (artículo 1.3).

³⁵⁶ Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles (artículos 2 y 9); Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (diferentes preceptos); Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 5.3 y 8.2); Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (diferentes preceptos).

³⁵⁷ Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, que se refiere al “usuario” sin definirlo; Ley 9/2014,

e) *Leyes tuitivas sectoriales* que emplean conceptos distintos del de “consumidor o usuario”³⁵⁸.

Aplicando dicha clasificación, entendemos que el usuario de servicios sanitarios resultaría susceptible de quedar enmarcado en el último grupo de leyes tuitivas sectoriales que ofrecen un concepto propio de usuario (así llamado no en el sentido de consumidor material sino de sujeto que utiliza servicios) pero que a la vez resulta plenamente compatible con el que prevé el artículo 3 TRLGDCU. Las consecuencias de este criterio hermenéutico lógicamente resultan inmediatas: el usuario de servicios sanitarios gozará de un doble régimen de protección. Por una parte, el que resulta de su propia normativa (básicamente LAP y LGS) pero, por otra también, el régimen general del TRLGDCU que, de este

de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que diferencia entre “consumidor” (cualquier persona física o jurídica que utilice o solicite un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público para fines no profesionales-Apartado 8 del Anexo II); “usuario” (una persona física o jurídica que utiliza o solicita un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público- Apartado 41 del Anexo II) y “usuario final” (el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende- Apartado 42 del Anexo II); Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico [según el artículo 6.g), son consumidores “las personas físicas o jurídicas que adquieren la energía para su propio consumo”, añadiendo que “aquellos consumidores que adquieran energía directamente en el mercado de producción se denominarán Consumidores Directos en Mercado”]; Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos que señala en su artículo 44 bis, apartados 4 y 5, que “se entiende por «suministro al por mayor» aquél que no supone suministro a un consumidor o usuario final; se entiende por «suministro al por menor» la venta a consumidores o usuarios finales; No incluimos aquí por perturbadora la referencia al artículo 1.2 del de Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que se refiere al “destinatario final”.

³⁵⁸ Así “destinatario” en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías [según su artículo 4.3, es “la persona a quien el porteador ha de entregar las mercancías en el lugar de destino”] o “destinatario” en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad [su artículo 2 lo define a los destinatarios como “las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance”]

modo, se superpone al previsto en la disciplina especial. Resulta evidente que esta interpretación *pro consumatore* permite ampliar el arsenal preventivo y reparador con el cuenta el destinatario de la asistencia sanitaria. En definitiva, postulamos una aplicación *cumulativa y no alternativa* de la norma general (TRLGDCU) y de la norma especial (LAP y LGS). Ello nos permite ampliar el perímetro de protección jurídica del usuario de servicios sanitarios, concepto que también extendemos a los productos sanitarios en la medida en que, sin perjuicio de que el prestador pueda variar, lo cierto es que no se entiende este segundo acto de consumo sin el primero. En efecto, el consumo de medicamentos y productos sanitarios (que, en principio, genera a cargo del suministrador una prestación de dar y no de hacer) se encuentra vinculado por un principio de accesoriedad a la utilización del servicio. Ello permitiría las bases para la construcción científica de un concepto integral de usuario sanitario, entendido en sentido amplio, que abarque tanto los servicios sanitarios *stricto sensu* como los productos que se integran en el acto médico, con el matiz, que nunca debe olvidarse, de que los sujetos frente a los que se protege al consumidor pueden ser diferentes. Así, encontramos un cuadro subjetivo complejo donde en el ámbito de los servicios tenemos los siguientes posibles actores:

a) el prestador directo de la asistencia sanitaria cuya relación se articula a través del contrato de servicios médicos o a través de lo que denominamos contrato “integral” de clínica u hospitalización. Se trataría de la persona física o jurídica que presta, no material sino jurídicamente, la asistencia sanitaria y en cuya esfera patrimonial repercute la realización de la actividad tanto desde el punto de vista de los derechos -retribución- como de las obligaciones – responsabilidad de la prestación -, siendo por todo ello centro de imputación de la misma, ya sea un profesional por cuenta propia, una sociedad mercantil, una sociedad de

profesionales o una cooperativa sanitaria.

b) el prestador indirecto de la asistencia sanitaria cuando la misma se articule a través de un contrato de seguro de asistencia sanitaria en su modalidad de seguro de prestaciones médico-quirúrgicas, que también asumen una responsabilidad directa con el usuario, en este caso también asegurado.

En ambos casos, el complejo régimen de responsabilidades se dificulta extraordinariamente ante la posibilidad de demandar por vía extracontractual al concreto facultativo que desarrolló la asistencia, existiendo diversas soluciones jurisprudenciales al respecto que más tarde analizaremos. Además, en el caso del seguro, debe tenerse en cuenta la importante distinción de los supuestos en los que la asistencia se ejecutó o no con profesionales del propio cuadro médico de la aseguradora, si bien la jurisprudencia tiende a diluir dicha diferenciación aplicando otros criterios alternativos o combinados. El complejo cuadro de sujetos frente a los que se protege al consumidor se completaría con la inclusión, dentro del abrigo protector que ofrece la normativa de defensa del consumidor, del régimen de publicidad y responsabilidad por medicamentos y productos sanitarios defectuosos, en cuyo caso la contraparte será, el anunciante, en el primer caso, y el productor -o en su caso, incluso el proveedor- en el segundo.

1.4.5.b).- Aplicación combinada y cumulativa de la norma general y de la norma sectorial: argumentos hermenéuticos de lege data

Sentadas las premisas anteriores, cabría preguntarse acerca de las razones que pueden explicar la vigencia entre nosotros de una cierta tradición en la aplicación excluyente de las normas especiales de protección de los consumidores, fragmentando sus relaciones con las normas generales. ¿Cuál es la razón que justificaría que disciplinas que

teóricamente regulan el mismo sujeto -el destinatario de servicios sanitarios-, conforme al mismo principio informador –protección del usuario- y bajo la misma premisa justificativa –existencia de una relación vertical asimétrica- no se apliquen de modo complementario, sino dándose normativamente la espalda? ¿Qué motivo, en definitiva, explica esta desconexión institucional? Bajo nuestro punto de vista, concurren dos factores, uno de carácter general y otro de naturaleza sectorial. En relación con el primero, cabe subrayar que la figura del consumidor especial en nuestro país no se ha utilizado siempre en clave de plus de protección sino, antes al contrario, como vía de escape de la tuición otorgada por el TRLGDCU. El ejemplo más evidente es el del denominado cliente bancario, sometido a una disciplina *ad hoc* que en ocasiones impide la aplicación cumulativa de la norma especial y de la norma general³⁵⁹. Denunciamos con ello la relativa frecuencia con la que

³⁵⁹ Así, el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito con la pretendida finalidad de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, dotó a la Ministra de Economía y Hacienda de la facultad de dictar las normas necesarias para tutelar las citadas relaciones entre las entidades de crédito y su clientela y conducir las a la máxima transparencia, que se han plasmado, entre otras, en dos disposiciones de rango normativo doméstico (mera orden ministerial): la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios completada mediante Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. En ambos casos, la normativa se dirige a los clientes con independencia de su condición o no de consumidores si bien el artículo 2.4 permite que, cuando el cliente actúe en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, las partes podrán acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la propia Orden que dicho caso tendría carácter dispositivo salvo lo previsto en el capítulo II del título III. No es extraño pues, que desde la doctrina se reivindique la plena aplicación del TRLGDCU a los consumidores bancarios. ROY PÉREZ, Cristina “El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013, BIB 2013\389, en edición impresa p. 151, (“en numerosas ocasiones el

nuestro ordenamiento jurídico ha empleado las normas sectoriales como herramienta de “*huida del Derecho de Consumo*”.

La segunda razón, de carácter específico, ha sido en nuestra opinión la regulación constitucional por partida doble del derecho a la protección de la salud. Tradicionalmente se ha venido entendiendo que tal derecho se encuentra incardinado en el artículo 43 CE lo que ha provocado que la normativa sanitaria de desarrollo (v.gr. LGS) haya invocado tal precepto constitucional para justificar su dictado³⁶⁰. Se olvida, sin embargo, que el derecho a la protección de la salud también aparece contenido en el artículo 51.1 CE como derecho específico de los consumidores y usuarios (“los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la *salud* y los legítimos intereses económicos de los mismos”) ¿Es este derecho distinto del previsto en el artículo 43 CE? No lo creemos. Podría argumentarse que está configurado de forma diferente. Así el derecho del artículo 43 se reconocería a “todos” mientras que el artículo 51.1 CE tan sólo a quienes tengan la cualidad de consumidores pero recordemos que el constituyente emplea aquí la noción abstracta de consumidor, equivalente al concepto de ciudadanía,

cliente bancario puede ser también considerado como consumidor, lo que refuerza su protección al serle de aplicación no sólo la normativa propia del sector, sino también la general de consumo”). La potencialidad del Derecho de Consumo como herramienta de resolución de conflictos sociales claramente asimétricos se ha podido comprobar con la anulación de los contratos de suscripción de participaciones preferentes.

³⁶⁰ No se da exactamente la misma preterición en el TRLGDCU cuya disposición final primera, apartado 3, sí menciona, entre los títulos competenciales habilitantes para su aprobación, el artículo 149.1.16 CE-coordinación general de la sanidad, bien es cierto que sólo “para determinados preceptos del libro primero (artículos 8, 9, 17.1, 18, 23. 1 y 3, 25 y 26; los capítulos III y V del título I del libro primero y el título IV), omitiendo dicho título para otros preceptos que podrían adicionalmente descansar sobre tal competencia (v.gr: artículo 148). En todo caso, en el pórtico de la norma, el artículo 1 TRLGDCU sólo menciona el artículo 51 CE.

susceptible de resultar concretada en las normas de desarrollo. También, por hipótesis y a efectos puramente dialécticos, podría argüirse que el artículo 51.1 CE haría referencia a la prevención de la salud y la protección frente a los riesgos (sanidad preventiva) mientras que el derecho del artículo 43 vendría vinculado a la dimensión asistencial y reparadora. Sin embargo, este último se refiere también a la obligación de los poderes públicos “de organizar y tutelar la salud pública a través de *medidas preventivas* y de las prestaciones y servicios necesarios”. Incluso su ubicación sistemática es equivalente, pues ambos derechos se encuentran contenidos en sede del capítulo tercero del Título I de la Constitución (“principios rectores de la política social y económica”) con las consecuencias en materia de alcance del grado de protección que ello comporta. Se trataría de derechos de configuración legal y no de eficacia constitucional directa, cuyo reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, pero que únicamente pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. La identidad de sistemas alcanza pues al propio régimen de configuración constitucional.

No obstante, las conexiones entre ambos preceptos constitucionales no han sido generalmente tenidas en cuenta³⁶¹. Es más, los ensayos académicos sobre las conexiones constitucionales del derecho a la

³⁶¹ De hecho, TOMILLO URBINA, Jorge, “Nuevos derechos del paciente desde su condición jurídica de consumidor”,...ob.cit., p. 50 postula “una construcción singular enfocando el derecho a la salud no sólo desde el prisma tradicional del artículo 43 CE sino desde un planteamiento más ambicioso: integrando el derecho a la salud en el catálogo de los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Desde luego, esta perspectiva coadyuva de una forma eficaz a articular reequilibrios correctores de asimetrías *ab initio*, ya que permitiría extender al paciente el amplio arsenal preventivo y reparador de la normativa de protección del consumidor y usuario y restablecer la deseable paridad posicional de la relación asistencial”.

protección de la salud tradicionalmente han descansado en su vinculación con el derecho a la Seguridad Social del artículo 41 CE en la medida en que la asistencia sanitaria constituye una prestación de su régimen general [actual artículo 42.1.a) del TRLGSS de 2015]³⁶². En este sentido, lo que aquí se sugiere (aplicación cumulativa desde la

³⁶² La nueva redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que condiciona la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública a la condición de asegurado o, en su caso, beneficiario, ha reabierto un viejo debate sobre la ubicación sistemática de la prestación asistencial [cfr. LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp.42-62; ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén, “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias. ¿Sanidad o Sanidad y Seguridad Social?”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 161, pp. 113-141- La cuestión de las conexiones de la prestación pública de asistencia sanitaria con el Sistema Nacional de Salud (artículo 43) o bien con el Sistema de Seguridad Social (artículo 41 CE) ha sido tradicionalmente tratada en la literatura jurídica. La doctrina administrativa mayoritaria tradicionalmente ha venido sosteniendo que era una prestación del Sistema Nacional de Salud [VIDA FERNÁNDEZ, José, “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios”, en PAREJO ALFONSO, Luciano, PALOMAR OLMEDA, Alberto y VAQUER CABALLERÍA, Marcos, (Coords.). *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*. Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 39-42; DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás, “Igualdad, derechos de los pacientes, y cohesión del Sistema Nacional de Salud” en PAREJO ALFONSO, Luciano, PALOMAR OLMEDA, Alberto y VAQUER CABALLERÍA, Marcos, (Coords.), ob.cit., pp. 20 y 21; TORNOS MAS Joaquín, “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, p.4.; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: Cuestiones en torno a la igualdad”. *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, p. 25; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”. *Derecho y Salud*, Vol. 11, 2003, p. 129; BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “¿Sistema Nacional de Salud o Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social?”. *Derecho y Salud*, Vol. 15, Extraordinario Foro SESPAS-AJS, 2007, p. 34. También en el ámbito laboral ALONSO OLEA, Manuel, en *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 19-20, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2004, pp. 593 y MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”. *Aranzadi Social*, nº 5, 2004, p. 67.

consideración de la prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo) no constituye tanto una propuesta *de lege ferenda* como un criterio hermenéutico *de lege data* al derivar de las normas actualmente vigentes. De esta manera, postulamos aquí una aplicación cumulativa o combinada de la norma general y de las normas sectoriales en atención a la consideración del paciente como consumidor especial. Es cierto que en otros ordenamientos europeos ha prendido ya la llama de dicha idea pero se hace de una forma fragmentaria –generalmente a los solos efectos de responsabilidad o de información precontractual-, cuando lo que aquí defendemos es una visión integral del usuario sanitario como consumidor tanto a los efectos de su normativa especial como a los del TRLGDCU. En este sentido, esta integral consideración resulta de los siguientes argumentos:

1º.- La figura del usuario de servicios sanitarios encaja, como ya hemos señalado, sin dificultad alguna en el concepto de consumidor o usuario. Si son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, resulta evidente que los pacientes y, por extensión, los restantes usuarios de servicios de salud lo son. El hecho de que la norma sanitaria especial ofrezca una definición específica de “usuario” en nada altera esta conclusión pues ésta es meramente descriptiva y tiene una finalidad de diferenciación del más restrictivo concepto de paciente. En efecto, la LAP recoge, en su artículo 3, dos conceptos diferenciados: “paciente” y “usuario” en sentido restringido, en función del tipo de prestación sanitaria recibida, reparadora en el primer caso, y preventiva en el segundo. En cuanto al primero, se define al paciente como “la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”. Sin embargo, el término “usuario” es empleado, impropriamente, para

referirse tan sólo a “la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria”. En nuestra opinión, este último término de “usuario” es susceptible de ser entendido en un sentido amplio y omnicomprendivo, que incluiría no sólo al paciente destinatario de la sanidad reparadora, sino también al usuario de los servicios preventivos y promocionales, perspectiva ésta que es la que aquí empleamos. En este sentido, podríamos afirmar que todo paciente es usuario de servicios sanitarios, pero no al revés, en la medida en que su utilización puede ser meramente informativa, consultiva, de diagnóstico, de revisión, de descarte o de profilaxis, y, en definitiva, no requerir práctica clínica curativa³⁶³. Esta interpretación, única posible, a nuestro entender trata de laminar cualquier eventual y avieso intento de excluir al usuario de servicios de la tutela que otorga la normativa de defensa de los consumidores y en cuyo origen pudo estar la distinción prevista en la LAP. Idéntica intención excluyente se intuye a veces de forma solapada en la normativa comunitaria³⁶⁴. No obstante, este amplio concepto de

³⁶³ Utilizamos por tanto el término en sentido amplio y sin distinción del alcance o naturaleza de la concreta prestación recibida. En el mismo sentido, GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 3ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011, p.290, también critica la distinción del artículo 3 LAP entre paciente y usuario “porque todo paciente es usuario de un servicio sanitario aunque no todo usuario sea paciente”. Pese a que les concede sendas definiciones legales diferenciadas, la LAP no parece otorgar ninguna relevancia práctica a la distinción entre paciente y usuario y los menciona como conceptos sinónimos a lo largo de todo el articulado, refiriéndose siempre al “paciente o usuario”.

³⁶⁴ La Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, define al “*paciente*” como toda persona física que reciba o desee recibir asistencia sanitaria en un Estado miembro” (artículo 3.9), entendiendo por “*asistencia sanitaria*”, “los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios” (artículo 3.1). Nótese pues,

usuario de servicios sanitarios tiene su reflejo jurídico-positivo en la vigente Ley General de Sanidad³⁶⁵.

que si bien el precepto sólo tiene aplicación en el ámbito de la asistencia transfronteriza, se emplea un concepto de paciente que: a) incluye no sólo la prestación de servicios sino también la de productos; y b) emplea inapropiadamente el término paciente no sólo para el que recibe asistencia sanitaria sino también para el que desea recibirla. Los conceptos han sido transpuestos en forma análoga en el ordenamiento interno por el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación. Artículo 3.9 «Paciente»: toda persona física que reciba o desee recibir asistencia sanitaria en un Estado miembro (artículo 3.9 y artículo 3.1, respectivamente).

³⁶⁵ En este sentido, la Ley General de Sanidad, si bien centrándose en el ámbito público al resultar este su objeto principal, se refiere en todo momento al usuario del servicio sanitario. Así, su artículo 9 señala que “los poderes públicos deberán informar a los *usuarios de los servicios* del sistema sanitario público, o vinculados a él, de sus derechos y deberes”. También presente la denominación en los artículos 15 [“Una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria, los *usuarios* del Sistema Nacional de Salud (...) El Ministerio de Sanidad y Consumo acreditará servicios de referencia, a los que podrán acceder todos los *usuarios*...”], 16 [“...En consecuencia, los *usuarios* sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud (...) Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los *usuarios*...”], 67.3 [“En cada Convenio que se establezca de acuerdo con los apartados anteriores, quedará asegurado que la atención sanitaria prestada por hospitales privados a los *usuarios* del Sistema Sanitario...”], 83 [“A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los *usuarios*...”], 90.6 [“En cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria y de todo tipo que se preste a los *usuarios* afectados por el concierto...”] y 92 [“La Administración Sanitaria facilitará la libre actividad de las Asociaciones de *usuarios de la Sanidad* ...]. La denominación de usuario y la configuración de la actividad sanitaria como actividad prestacional puede verse también gráficamente en la Ley General de Salud de México, publicada el 7 de febrero de 1984, donde se configura la relación entre dos partes: “usuarios de servicios de salud” y “prestadores”. Los primeros son definidos en el artículo 50 como “toda persona que requiera y obtenga los que presten los sectores público, social y privado, en las condiciones y conforme a las bases que para cada modalidad se establezcan en esta Ley y demás disposiciones aplicables”. A nivel autonómico, cabe traer el ejemplo gallego, cuyo Ley diferencia correctamente entre paciente (concepto restringido que define como “persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o la recuperación de

2º.- No cabe olvidar el juego del comúnmente olvidado y a veces denostado artículo 9 TRLGDCU que establece la obligación de los poderes públicos de proteger *prioritariamente* los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”³⁶⁶. En este sentido, el concepto jurídico indeterminado “bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado” resulta concretado en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, disposición que, si bien fue dictada en desarrollo de la antigua LGDCU de 1984, debe entenderse vigente³⁶⁷. Así las cosas, la norma reglamentaria contiene en su Anexo I

su salud”- artículo 3.13) y usuario (concepto omnicomprensivo, “persona que utiliza los servicios sanitarios” –artículo 3.22). GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica...*, ob.cit. p.290 apunta en dicha dirección estimando que en el fondo de la diferenciación entre paciente y usuario de la LAP subyace el intento del legislador de limitar el concepto de usuario extraído de la LGDCU [- de 1984, norma entonces vigente] y del que se hizo eco la Ley General de Sanidad de 1986 con las implicaciones e importantes consecuencias que de ello se han derivado (*Ibidem*, p. 290).

³⁶⁶ PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Comentario al artículo 9”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 128 si bien reconoce su carácter programático, lo califica como parámetro de interpretación de cualquier norma en materia de consumo. Un sector doctrinal, sin embargo, ha subrayado el carácter de *desideratum* del precepto negando su eficacia real. Así, BOTANA GARCÍA, Gema, “Comentario del artículo 2” en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley, veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005, p.125.

³⁶⁷ En este sentido, con defectuosa técnica legislativa del TRLGDCU ofrece dudas dado que Disposición transitoria segunda determinó la vigencia del Real Decreto 1507/2000 sólo en relación con los productos de naturaleza duradera enumerados en su anexo II, guardando silencio sobre el Anexo I que es en el que se contiene la lista de bienes, productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a los efectos del antiguo artículo 2.2 LGDCU de 1984 (actual artículo 9 TRLGDCU) y de la posibilidad de ejercer el beneficio de justicia gratuita en los términos de la disposición adicional segunda de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. A favor de su vigencia, PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Comentario al artículo 9”...ob.cit, p. 132, quien considera que, sin perjuicio de que la voluntad del

un amplio catálogo de los bienes y servicios que gozan de tal consideración normativa, encontrándose, entre otros, tanto los “medicamentos y productos sanitarios” (apartado B.1) como los “servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios” (apartado C.3). De esta forma, la consideración jurídica del paciente como consumidor abre un amplio y relevante abanico de posibilidades tuitivas a partir de la aplicación del artículo 9, toda vez que permitirá la aplicación del principio pro consumidor a las relaciones asistenciales. Insistimos en que esta posición debe entenderse en términos de adición no excluyente, de modo que la extensión al paciente del régimen de derechos que le otorga la legislación en materia de consumo no empece en ningún caso la aplicación del manto protector específico que ofrece la normativa sanitaria.

3º.- El propio TRLGDCU contiene constantes referencias a la salud de los consumidores, primer derecho básico de todos ellos³⁶⁸. En efecto, el artículo 8.a) cita como derecho básico de los consumidores y usuarios la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o

autor del Texto Refundido fuese otra, la naturaleza de Decreto Legislativo que simplemente tiene por misión armonizar y aclarar un conjunto de leyes impide que, por causa de su aprobación, queden derogadas, normas que no están afectadas por la refundición encomendada al Gobierno. Nos adherimos a su argumento dado que las derogaciones tácitas deben interpretarse de forma restrictiva, amén de que entender que en este caso se ha producido tal derogación sería tanto como conferir al Decreto Legislativo un carácter *ultra vires* por exceder de los límites de la delegación legislativa. En todo caso, creemos que el debate sobre la vigencia del artículo 9 queda definitivamente resuelto si tenemos en cuenta que, con posterioridad a la aprobación del TRLGDCU, se dictó en 2008 la Orden SCO/453/2008, de 14 de febrero. Dicha norma, empleando la habilitación conferida al Ministerio en la Disposición final segunda del Real Decreto 1507/2000, actualizó el catálogo para incluir los servicios de la sociedad de la información como servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

³⁶⁸ Sobre las técnicas jurídico-administrativas para garantizar este derecho a la salud, *vid.* MUÑOZ MACHADO, Santiago y JIMENEZ BLANCO, Antonio, “La protección de la salud de los consumidores”, *Estudios sobre Consumo*, nº 3, 1984, pp. 41-49.

seguridad resultando obvio que servicios y productos sanitarios son actividades de riesgo. Por ello, resultará de aplicación en todo caso el régimen general de seguridad de bienes y servicios establecido en los artículos 11 y siguientes del TRLGDCU³⁶⁹. Dicho régimen habrá de completarse con la garantía de seguridad que aparece en la normativa especial³⁷⁰. En este sentido, el artículo 27 de la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud establece tres tipos de medidas: a) acceso a servicios de referencia, cuando se trate de técnicas, tecnologías o procedimientos para cuya correcta utilización sea conveniente concentrar los casos a tratar ³⁷¹; b) uso tutelado de técnicas,

³⁶⁹ En todo caso, las referencias a la salud son constantes. Así, se contemplan las actuaciones administrativas ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los consumidores (artículo 15) o las medidas extraordinarias ante situaciones de urgencia y necesidad que determinen una agresión indiscriminada a la salud y seguridad de los consumidores y usuarios en más de una comunidad autónoma (artículo 16). Igualmente se prevé que las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar la salud y seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncie sobre las mismas (artículo 46.2).

³⁷⁰ La Ley 16/2003 regula seis garantías de las prestaciones sanitarias: garantía de accesibilidad, garantía de movilidad, garantías de tiempo, garantías de información, garantía de seguridad y garantía de calidad (artículos 23 y siguientes). Las cuatro primeras son sólo aplicables a los prestadores públicos del Sistema Nacional de Salud, pero debe tenerse especialmente en cuenta que las dos últimas (garantías de seguridad y calidad), de acuerdo con el artículo 29 de la mencionada Ley son aplicables a todos los centros, públicos y privados, independientemente de la financiación de las prestaciones que estén ofreciendo en cada momento, siendo responsabilidad de las Administraciones públicas sanitarias, para los centros de su ámbito, velar por su cumplimiento.

³⁷¹ Los servicios de referencia resultan disciplinados en el artículo 28.2 de la Ley 16/2003, que determina que, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, se acordará la designación de servicios de referencia, el número necesario de éstos y su ubicación estratégica dentro del Sistema Nacional de Salud, con un enfoque de planificación de conjunto, para la atención a aquellas patologías que precisen para su atención una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales. El Ministerio de Sanidad y Consumo acreditará aquellos servicios de referencia, que queden establecidos como tales, atendiendo a los criterios de calidad que para cada servicio

tecnologías o procedimientos respecto de los que no exista suficiente información para determinar su seguridad³⁷²; y c) autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios³⁷³. En relación con los medicamentos y productos sanitarios, habrá de estarse a la garantía de seguridad contemplada en el TRLM de 2015 cuyo artículo 12 dispone que los medicamentos, principios activos y materias primas que compongan aquéllos serán objeto de los estudios toxicológicos y clínicos que permitan garantizar su seguridad en condiciones normales de uso y que estarán en relación con la duración prevista del tratamiento.

4º.- El TRLGDCU contempla y tipifica infracciones vinculadas a la salud. Así el artículo 49 prevé como infracción en materia de defensa de los consumidores y usuarios “el incumplimiento de los requisitos, condiciones, obligaciones o prohibiciones *de naturaleza sanitaria*” (apartado a), “las acciones u omisiones que produzcan riesgos o daños

establezca, y los reevaluará periódicamente. El desarrollo reglamentario al que se refiere la norma se encuentra contenido en el Real Decreto 1302/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las bases del procedimiento para la designación y acreditación de los centros, servicios y unidades de referencia del Sistema Nacional de Salud.

³⁷² El uso tutelado, que debe ser autorizado por el Ministerio competente en materia de sanidad, tiene como finalidad establecer el grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión efectiva en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. De acuerdo con el artículo 22 de la Ley 16/2003, se realiza con arreglo a un diseño de investigación, por períodos de tiempo limitados, en centros expresamente autorizados para ello y de acuerdo con protocolos específicos destinados a garantizar su seguridad, el respeto a la bioética y el logro de resultados relevantes para el conocimiento. En todo caso, resulta imprescindible contar con el consentimiento informado de los pacientes a los que se vaya a aplicar dichas técnicas, tecnologías o procedimientos.

³⁷³ Su regulación actual se contiene en el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

efectivos para la *salud* o seguridad de los consumidores y usuarios, ya sea en forma consciente o deliberada, ya por abandono de la diligencia y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate” (apartado b) o “el incumplimiento o transgresión de los requisitos previos que concretamente formulen las autoridades competentes para situaciones específicas, al objeto de evitar contaminaciones, circunstancias o conductas nocivas de otro tipo que puedan resultar gravemente perjudiciales para la *salud pública*” (apartado c). Lógicamente, además de estos tipos sancionadores específicamente sanitarios, también resultan de aplicación los tipos generales predicables de cualquier servicio o producto (v.gr. el incumplimiento de las normas reguladoras de precios, la imposición injustificada de condiciones sobre prestaciones no solicitadas o cantidades mínimas o cualquier otro tipo de intervención o actuación ilícita que suponga un incremento de los precios o márgenes comerciales; o el incumplimiento de las normas relativas a registro, normalización o tipificación, etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios). No ocultamos que buena parte de los tipos contemplados en el TRLGDCU también aparecen en normas sanitarias sectoriales, pero no debemos olvidar que cabe la aplicación cumulativa de sanciones por el mismo tipo pues no sólo se requiere identidad de sujeto y hecho sino también de fundamento³⁷⁴. En este sentido, las normas sancionadoras en materia de defensa de los consumidores pudieran ser compatibles, según los casos, con las que se prevén en materia sanitaria en la LGS o la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública o, en materia farmacéutica, en el TRLM. Finalmente, téngase en cuenta que el artículo

³⁷⁴ El artículo 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, consagra el principio *non bis in ídem* prohibiendo que se sancionen hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, siempre que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

51.3 TRLGDCU contempla como sanción la clausura o cierre de establecimientos, instalaciones o servicios que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos, exigencia que es precisamente exigible, entre otros, a los centros sanitarios.

5º.- Como estudiaremos en su momento, los contratos de prestación de servicios sanitarios (servicios médicos, clínica u hospitalización y seguro de asistencia sanitaria) son contratos de consumo, en su modalidad de contrato de servicios [apartado b) del artículo 59.bis]. Por ello, les resultará de aplicación la disciplina contenida en los artículos 59 y siguientes del TRLGDCU. Prueba de ello, es que el legislador estatal, en concordancia -relativa como luego veremos- con la Directiva 2011/83, sí se preocupa expresamente de su exclusión del ámbito de aplicación de las reglas relativas a los contratos celebrados a distancia y fuera del establecimiento mercantil (Título III del Libro Segundo). Así, el artículo 93.b) deja fuera de forma explícita los “contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias” [artículo 93.b)]. Esta exclusión constituye, a nuestro entender, prueba palmaria de la consideración de la prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo, dado que, de lo contrario, la previsión resultaría ociosa. Otro tanto ocurre con la aplicación de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, cuyo artículo 2.2.h) se toma la molestia de consignar que la misma no se aplicará a los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, como

la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios. Esta insistencia del legislador comunitario en excluir de forma expresa la prestación directa de servicios sanitarios, lejos de suponer un argumento contrario a su naturaleza intrínseca de relación de consumo, constituye la demostración de tal aserto, de tal modo que necesariamente habrá de concluirse que, cuando no exista exclusión expresa, *sensu contrario*, la normativa en materia de defensa del consumidor resultará de aplicación a aquélla.

6º.- El carácter pluridisciplinar del TRLGDCU y la posibilidad de que sus normas puedan resultar aplicadas por diferentes autoridades sectoriales es incluso reconocida abiertamente en la Exposición de Motivos, cuyo apartado III directamente señala que “el texto refundido no prejuzga cuáles sean las Administraciones públicas competentes en relación con las materias contenidas en él, consciente de que la protección de los consumidores es una materia pluridisciplinar en la que concurren diversas Administraciones. Las Administraciones públicas competentes serán, en cada caso, las que tengan atribuida tal competencia por razón de la materia con pleno respeto a la autonomía organizativa de las distintas Administraciones involucradas, en particular en las materias relacionadas con la salud y el turismo”.

7º.- En materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (libro tercero del TRLDCU), amén de que el amplio concepto de perjudicado del artículo 128 TRLGDCU permite entender en todo caso incluido al usuario de servicios sanitarios, existen referencias explícitas a las prestaciones vinculadas a la salud. Así en materia de productos defectuosos, se hace expresa referencia a los medicamentos, prohibiéndose de forma expresa a los sujetos responsables del daño invocar como causa de exoneración de responsabilidad que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el

momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto (artículo 140.e). De igual manera, el artículo 148 TRLGDCU, al regular el régimen de responsabilidad por defectuosa prestación de servicios incluye expresamente los servicios sanitarios, si bien con el limitado alcance jurisprudencial que será convenientemente desarrollado en un capítulo específico.

8º.- La consideración del usuario de servicios sanitarios como consumidor también deriva de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para representar los intereses de éstos en relación con tal tipo de servicios, entendidos en sentido amplio. Así, por ejemplo, el TRLM concede legitimación activa a las asociaciones de consumidores y usuarios tanto para ejercitar acciones colectivas de cesación [artículo 118.1] como para formular una solicitud de cesación previa [artículo 117.1.b)], en relación con la publicidad de medicamentos, productos sanitarios y productos-milagro que afecte a los intereses colectivos o difusos de los consumidores y usuarios. Del mismo modo, resulta preceptiva la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en la elaboración y aplicación de códigos de conducta en materia de comercio electrónico de medicamentos (artículo 13.1 del Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica). De la misma forma, resulta frecuente que en los órganos de participación de los servicios de salud autonómicos se encuentren representadas las asociaciones de consumidores³⁷⁵. Incluso la LGS se refiere en su artículo 92 a las

³⁷⁵ Véase, a título de ejemplo, el artículo 13.1.c) del Estatuto del Servicio Cántabro de Salud aprobado por Ley de Cantabria 10/2001, de 28 de diciembre, de creación del Servicio Cántabro de Salud que prevé dos representantes de las asociaciones de consumidores y usuarios más representativas de la Comunidad Autónoma.

asociaciones de usuarios de la sanidad, disponiendo que no podrán acogerse a los beneficios a que diere lugar tal reconocimiento aquellas que se dediquen “a actividades distintas de la defensa de los intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de las prestaciones que obligatoriamente deben proporcionar a sus socios las Entidades cooperativas”. Si los usuarios de los servicios sanitarios no fueran consumidores, ¿qué sentido tendría que el ordenamiento jurídico permita a las asociaciones de éstos representar a aquéllos? La respuesta no puede ser otra que la que venimos sosteniendo: el usuario de servicios sanitarios es un consumidor especial.

9º.- Lo mismo sucede en el ámbito de las cooperativas sanitarias cuya disciplina prevé que cuando los socios sean los destinatarios de la asistencia sanitaria se aplicarán a la sociedad las normas sobre cooperativas de consumidores y usuarios (artículo 102 LCoop), en una manifestación más de las concomitancias entre la regulación jurídico-sanitaria y de consumo, como detallaremos más adelante en el apartado correspondiente.

10º.- Cabe dar cuenta como manifestaciones de la aplicación del Derecho de Consumo a la prestación de servicios sanitarios –incluyendo aquí las prestaciones accesorias de productos sanitarios- la extensión de su normativa al ámbito de la publicidad sanitaria, en la medida en que el artículo 5.6 LGP recurre al régimen sancionador del TRLGDCU³⁷⁶, sin perjuicio de la concurrencia con los tipos sancionadores previstos en otras leyes de naturaleza sanitaria o farmacéutica. Otro tanto ocurre con el comercio electrónico de medicamentos que cuenta con una disciplina

³⁷⁶ Dispone que el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la LGS y la LGDCU (léase TRLGDCU).

reciente de protección del consumidor, refiriéndose a éste de forma expresa su normativa reguladora³⁷⁷.

11º.- Se trata, por tanto, de ámbitos sectoriales en los que existe un reforzamiento de la posición jurídica del paciente a través de instrumentos de tutela que resultan de la aplicación combinada y cumulativa del Derecho de Consumo y del Derecho Sanitario. En este sentido, el artículo 19 TRLGDCU abona esta postura toda vez que sienta como regla general que “los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, *además*, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación”³⁷⁸, entre las que lógicamente cabe incluir las disposiciones específicamente sanitarias. Nuevamente, la prueba de que de esta mención no cabe excluir a los usuarios de servicios sanitarios radica en que más adelante (apartado 4) se efectúa una específica referencia a los medicamentos cuando se contempla una regla de prevalencia señalando que las normas previstas en el TRLGDCU que regulan las prácticas comerciales en materia de medicamentos

³⁷⁷ El artículo 12.2 del Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica, establece que *el consumidor usuario* tendrá derecho a la devolución del medicamento y el reintegro del importe pagado en el caso de que el plazo de entrega superase el 50% del tiempo establecido en la compra por causas no imputables al mismo.

³⁷⁸ BUSTO LARGO, José Ramón, “Comentario al artículo 19” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 269 explica que, a la luz de este precepto, cabe permitir la aplicación de otras normas civiles y mercantiles, sin perjuicio de su aplicación preferente de conformidad con el criterio de la especialidad, en el caso de que la protección que dispense al consumidor sea más elevada.

prevalecerán en caso de conflicto sobre la legislación de carácter general aplicable a las prácticas comerciales desleales.

En este sentido, estamos conformes con la prevalencia *ab initio* de la norma sanitaria especial sobre la norma de consumo general pero, siempre que la integración normativa resulte posible, habrá de aplicarse la que resulte más favorable al usuario en aplicación del principio *pro consumatore* y de la preceptiva protección preferente de los servicios sanitarios que resulta del juego conjunto del artículo 9 TRLGDCU en conexión con el artículo 51 CE³⁷⁹. A esa conclusión exegética llegamos también por la vía hermenéutica teleológica (criterio preferente *ex* artículo 3.1 CC) dado que la *ratio* última, tanto de la normativa de defensa del consumidor como la de autonomía del paciente, comparte una premisa común: la existencia de una relación vertical entre el prestador del servicio y su destinatario. En ambos casos, el ordenamiento jurídico se configura como una herramienta tuitiva que persigue reequilibrar posiciones asimétricas mediante el empoderamiento de la parte más débil de las mismas.

³⁷⁹ En este sentido, el principio general de protección del consumidor informador de todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con los artículos 51 CE, en conexión con artículo 53.3 del texto constitucional, impone la aplicación de la norma más favorable para el consumidor, con excepción del principio de especialidad, de manera que, con independencia de la existencia de una ley especial, se aplicará la que se considere más favorable para los intereses de los consumidores. Así puede verse en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto, “Comentario al artículo 1” en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo; SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coord.) “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, Civitas, Madrid, 1992, p.20; también FONT GALÁN, Juan Ignacio, “El Derecho del consumidor entre códigos y Constitución: un lugar de encuentro del Derecho Civil y del Derecho Mercantil” en VV.AA, *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, p. 45, donde defiende la “superioridad normativa” de la LGDCU. Esta es la regla positivizada en el Código Civil y Comercial argentino de 2014 cuyo artículo 1.094, párrafo segundo, dispone de forma expresa que “en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor”.

Pongamos dos ejemplos que afectan a dos derechos nucleares de los usuarios de servicios sanitarios: el derecho a la información y el derecho al consentimiento. Resulta claro que la información al usuario de servicios sanitarios resulta disciplinada en la LAP siendo además su omisión causa de responsabilidad médica pero ello en ningún caso agota la materia dado que, además de la información asistencial que habrá de recibir del prestador *ex* artículo 4 LAP, resultará preceptiva la información precontractual del artículos 60 TRLGDCU. Lo mismo ocurre con el consentimiento informado que implica la conformidad para llevar a cabo una actuación clínica (artículo 8 LAP) pero que no debe confundirse con el consentimiento contractual que constituye elemento esencial de todo contrato *ex* artículo 1.261 CC. Es más, puede suceder que exista consentimiento contractual pero no consentimiento informado que, por otra parte, es un consentimiento cualificado en la medida en que está sujeto a previa suficiente.

La interpretación sobre la aplicación cumulativa de ambos ordenamientos tuitivos que reivindicamos no resulta desconocida en otros ámbitos sectoriales del Derecho de Consumo. Así por ejemplo, sin necesidad interpretativa alguna, cabe citar el caso de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas: la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, contempla de manera expresa en su artículo 46.1 un *principio de complementariedad* que no nos resistimos a transcribir [*“el reconocimiento de los derechos específicos de los usuarios finales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público que efectúa este Capítulo se entiende sin perjuicio de los derechos que otorga a los consumidores el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre”*]. En el ejemplo que proponemos, el precepto citado resuelve también satisfactoriamente

cualquier eventual conflicto internormativo aplicando el principio de especialidad (“*las disposiciones que esta ley y su desarrollo reglamentario contiene en materia de derechos específicos de los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas, en aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa, serán de aplicación preferente en caso de conflicto con las disposiciones que regulen con carácter general los derechos de los consumidores y usuarios*”).

1.4.6.- El usuario de servicios sanitarios como consumidor vulnerable.

1. 4.6.a). El consumidor vulnerable en el ordenamiento jurídico comunitario

Una particularidad del consumidor o usuario de servicios y productos sanitarios radica en su consideración de “consumidor vulnerable”, categoría que, tímidamente se va abriendo paso progresivamente, transitando del *soft law* al *hard law*. Sin perjuicio de su intuitivo y meritorio reconocimiento inicial en la normativa autonómica, la creación de la categoría comenzó a gestarse a nivel comunitario³⁸⁰ con la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que bien podríamos calificar como el Jekyll y Hyde del Derecho de Consumo. En efecto, al modo de la famosa novela de Stevenson, la Directiva introdujo por vez primera la cuestión de la especial

³⁸⁰ Sobre dicha cuestión puede verse WADDINGTON, Lisa, “Vulnerable and Confused: the protection of «vulnerable» consumers under EU Law”, *European Law Review*, nº 38 (6), 2013, pp. 758-766. Con carácter general la recentísima monografía de HERRING, Jonathan, *Vulnerable adults and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, en especial el capítulo 4 dedicado a la vulnerabilidad y sus efectos en el derecho de la contratación (*contract law and vulnerability*), pp. 225-261.

vulnerabilidad de determinados consumidores, dado que, si bien positivizó el concepto de consumidor medio (Mr. Hyde), también hizo hincapié en la “influencia indebida” que pudiera ejercerse sobre los consumidores cuya voluntad no esté totalmente formada, anticipando la futura categoría, aún en ciernes, de consumidor vulnerable (Dr. Jekyll)³⁸¹. Más tarde, también la Directiva 2011/83/UE hace referencia a la cuestión en el párrafo 34 de su Exposición de Motivos, señalando que deberían tomarse medidas adecuadas y eficaces en aquellos sectores que no estén cubiertos por la misma y en los que se aprecie una especial vulnerabilidad, mencionando específicamente como causa de vulnerabilidad la “enfermedad mental, física o psicológica”³⁸². También en ciertas ocasiones la jurisprudencia del TJUE se ha referido al concepto de consumidor vulnerable³⁸³

No obstante, el concepto de “consumidor vulnerable” ha cobrado especial importancia a partir de la aprobación mediante Resolución del

³⁸¹ La Directiva define “influencia indebida” se define como “la utilización de una posición de poder en relación con el consumidor para ejercer presión, incluso sin usar fuerza física ni amenazar con su uso, de una forma que limite de manera significativa la capacidad del consumidor de tomar una decisión con el debido conocimiento de causa” (artículo 2.j).

³⁸² Así, señala que “el comerciante debe proporcionar al consumidor información clara y comprensible antes de que el consumidor se vea vinculado por un contrato celebrado a distancia o fuera del establecimiento, por un contrato distinto de estos o por una oferta contractual correspondiente. Al facilitar esa información, el comerciante debe tener en cuenta las necesidades especiales de los consumidores que sean particularmente vulnerables debido a su enfermedad mental, física o psicológica, edad o credulidad de una forma que el comerciante pueda razonablemente prever. No obstante, la toma en consideración de estas necesidades específicas no debe conducir a niveles diferentes de protección de los consumidores.

³⁸³ Así lo hace, por ejemplo, STJUE de 29 abril de 2010 -Asunto C-446/08- Solgar Vitamin's France y otros- (EDJ 2010/36531), calificando “consumidores vulnerables” a los niños en relación con los complementos alimenticios vitamínicos.

Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012³⁸⁴, de la *Estrategia de Refuerzo de los derechos fundamentales de los consumidores vulnerables*. El documento, no vinculante pero sí indicativo, señala que la diversidad de las situaciones de vulnerabilidad, tanto cuando el consumidor queda sujeto a un régimen de protección legal como cuando se encuentra en una situación de vulnerabilidad sectorial o temporal específica, dificulta un planteamiento unitario y la adopción de un instrumento legislativo global, lo cual ha propiciado que tanto la legislación como las políticas existentes aborden el problema de la vulnerabilidad caso por caso. La Estrategia subraya, por tanto, que la legislación europea debe abordar el problema de la vulnerabilidad entre los consumidores como una *tarea transversal*, teniendo en cuenta sus distintas necesidades, capacidades y circunstancias. De igual modo, de forma expresa condena con contundencia el concepto de “consumidor medio” acuñado a partir de jurisprudencia del TJUE, subrayando que la estrategia de los derechos de los consumidores vulnerables debe centrarse en reforzar sus derechos y propiciar que estos últimos sean protegidos y respetados de manera efectiva, así como en facilitar a los consumidores todos los medios necesarios para que puedan tomar las decisiones oportunas y mostrarse firmes, independientemente del instrumento utilizado. Por ello considera que, teniendo en cuenta que la Unión Europea debe centrarse en proteger de manera efectiva los derechos de todos los consumidores, el concepto de “consumidor medio” no es lo suficientemente flexible para adaptarlo a casos específicos y que, en ocasiones, no se corresponde con las situaciones de la vida real. Igualmente invita a la Comisión y alienta a los

³⁸⁴ Resulta ciertamente sorprendente el enorme lapso de tiempo –más de un año- transcurrido entre su aprobación y su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea de 13 de septiembre de 2013.

Estados miembros a que analicen constantemente y de cerca los comportamientos sociales y de consumo y las situaciones susceptibles de colocar en situación de vulnerabilidad a determinados colectivos o individuos, por ejemplo, analizando las quejas de los consumidores, y pongan fin a la vulnerabilidad mediante medidas específicas, si procede, con el fin de proteger a todos los consumidores, independientemente de sus capacidades y de la etapa de la vida en que se encuentren. Como medidas concretas, se apunta hacia la capacitación del consumidor en la responsabilidad de su propia protección, la información y la regulación. En este sentido, la Estrategia califica como sectores especialmente problemáticos el sector financiero, cuya complejidad implica que, en potencia, cualquier consumidor puede llegar a ser vulnerable, la alimentación, especialmente de niños y jóvenes, la seguridad de los productos, con especial atención a los niños y las mujeres embarazadas, Internet en el caso niños y adolescentes, la publicidad, los viajes o el mercado de suministros básicos o la resolución alternativa de conflictos.

Con posterioridad, el Reglamento (UE) n° 254/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, aprobará el Programa Plurianual de Consumidores para el período 2014-2020, recogiendo tres objetivos, de acuerdo con su artículo 3. Dos de ellos se refieren a la seguridad de los productos (Objetivo I) y a los derechos y vías de reclamación (Objetivo III). Sin embargo, nos interesa traer aquí a colación el Objetivo II referido a la información y educación de los consumidores, y apoyo a las organizaciones de consumidores, cuya finalidad es triple: mejorar la educación, información y sensibilización sobre sus derechos, desarrollar una base documental para la política de los consumidores y apoyar a las organizaciones de consumidores,

teniendo también en cuenta las necesidades específicas de los consumidores vulnerables³⁸⁵.

Así las cosas, sin perjuicio de la plausible existencia de las medidas de fomento de la mejora de la protección de los consumidores como las previstas en el Reglamento, la principal dificultad doctrinal que encontramos es la ausencia comunitaria de un concepto comunitario de “consumidor vulnerable” por más que la Estrategia señale que deba efectuarse de forma casuística y haya enunciado algunos ejemplos de los que ya hemos dado cuenta³⁸⁶. Interesa subrayar en este punto que para la

³⁸⁵ Para ello, se prevén cuatro acciones concretas: a) La creación de una base documental, y mejora del acceso a la misma, para el desarrollo de políticas que afecten a los consumidores, la elaboración de una normativa inteligente con objetivos bien definidos, y la detección de las posibles disfunciones del mercado o de la evolución de las necesidades de los consumidores, proporcionando una base para desarrollar las políticas de consumidores, para identificar los ámbitos más problemáticos para los consumidores y para integrar los intereses de los consumidores en las demás políticas de la Unión; b) El apoyo mediante la financiación de las organizaciones de consumidores de ámbito de la Unión y mediante el desarrollo de las capacidades de las organizaciones de consumidores en los ámbitos de la Unión, nacional y regional, el aumento de la transparencia y el incremento de los intercambios de mejores prácticas y conocimientos especializados; c) La mejora de la transparencia de los mercados de consumo y de la información al consumidor, garantizando que los consumidores obtengan datos comparables, fiables y de fácil acceso, también en casos de carácter transfronterizo, a fin de ayudarles no solo a comparar los precios, sino también la calidad y sostenibilidad de los productos y de los servicios; y d) la mejora de la educación de los consumidores a lo largo de toda la vida, centrándose en particular en los consumidores vulnerables (incluye a la salud).

³⁸⁶ En este sentido, DIAZ ALABART, Silvia; ÁLVAREZ MORENO, María Teresa; y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, “Comentario al artículo 2” en DIAZ ALABART, Silvia (Dir.), *Contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la ley 3/2014, de modificación del TRLGDCU)*, Reus, Madrid, 2014, p.46, señalan que es difícil dar un concepto de consumidor vulnerable ya que los problemas de la vulnerabilidad pueden tener causas muy distintas, pueden surgir de situaciones muy diversas y pueden requerir medidas de distinto tipo en cada lugar. Por ello no se podrá partir de un concepto único de vulnerabilidad, sino que este se debe de adaptar a las circunstancias personales y familiares de cada consumidor por lo que cabe hablar de una vulnerabilidad sectorial. GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis “La

Estrategia el concepto de consumidor vulnerable se basa en la noción de *vulnerabilidad endógena* y hace referencia a un grupo heterogéneo compuesto por aquellas personas consideradas de forma permanente como tales por razón de su discapacidad mental, física o psicológica, su edad, su credulidad o su género (en términos análogos a los señalados en la Directiva 2011/83) y que el concepto de consumidores vulnerables debe incluir asimismo a los consumidores en una situación de vulnerabilidad, es decir, a los consumidores que se encuentren en un estado de impotencia temporal derivada de una brecha entre su estado y sus características individuales, por una parte, y su entorno externo, por otra parte, teniendo en cuenta criterios tales como la educación, la situación social y financiera³⁸⁷. Todo ello parece abrir la puerta a la posibilidad de considerar a las personas enfermas como consumidores vulnerables

1 4.6.b). El consumidor vulnerable en el ordenamiento jurídico interno

En este estado de la cuestión procede analizar la recepción del concepto en el Derecho español. En este sentido, desde la LGDCU de 1984 había existido una referencia a la protección adicional que debiera dispensarse en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión [artículos 2.1.f), 6.c) y 23]. Recogiendo esta tradición el artículo 8.f)

protección de los consumidores vulnerables en el derecho del consumo de la UE: el programa plurianual para el período 2014-2020”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 10, 2014, p. 100, señala escéptico que “obviamente, es improbable que logremos formular una definición unánimemente aceptada y aceptable de consumidor vulnerable”.

³⁸⁷ De hecho señala que todos los consumidores, en algún momento de su vida, pueden pasar a ser vulnerables debido a factores externos y a sus interacciones con el mercado, o porque experimenten dificultades para acceder a información adecuada dirigida a los consumidores y entenderla, y, por tanto, precisen de una protección especial.

TRLGDSCU contempla como derecho básico de los consumidores la protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión [artículo 8.f)], contemplando la posibilidad de que los órganos de cooperación institucional realicen campañas o actuaciones programadas de control de mercado, directamente o en colaboración con las asociaciones de consumidores y usuarios, en relación con “los bienes o servicios sobre los que se produzca un mayor número de reclamaciones o en los que, por el tipo de estas, quepa deducir razonablemente que existen situaciones especialmente lesivas para los derechos de los consumidores y usuarios o afecten a *colectivos especialmente vulnerables*”(artículo 43.c), siendo esta última mención la única que se hace en el TRLGDSCU a los colectivos especialmente vulnerables es

Desde luego la trasposición de la Directiva 2011/83 por la Ley 3/2014, hubiera resultado una excelente oportunidad para positivizar el concepto de consumidor vulnerable en el ordenamiento español, pero lamentablemente el legislador estatal únicamente implementó en el Derecho interno la parte dispositiva de la directiva, en principio la única vinculante.

Es por ello, que en la actualidad el concepto de “consumidor vulnerable” debe encontrarse en las normas autonómicas de defensa del consumidor. En la mayoría de ellas, se encuentra una referencia genérica a la necesidad de protección prioritaria de las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. Otro grupo va más allá y cita con carácter descriptivo ejemplos de consumidores potencialmente vulnerables como los niños y adolescentes, los ancianos o personas con discapacidades. En este sentido, queremos subrayar que algunas de ellas citan de forma

expresa colectivos que utilizan frecuentemente los servicios sanitarios como las personas enfermas, discapacitadas o las mujeres gestantes³⁸⁸.

Si bien de acuerdo con la Directiva 2001/83 y la Estrategia de 2012, la enfermedad y la discapacidad no debieran ser necesariamente determinantes de vulnerabilidad, sino tanto sólo factores endógenos, bajo nuestro punto de vista, el usuarios de servicios sanitarios, cuando tiene la condición de paciente, tiene necesariamente la condición de consumidor vulnerable y ello porque tal situación necesariamente condiciona su toma de decisiones. En cualquier caso, la condición de consumidor vulnerable, categoría aún no suficientemente desarrollada en el ordenamiento jurídico ni en la doctrina científica, debe entenderse como criterio hermenéutico que permita la concesión de un plus adicional a la protección que ya de por sí lleva implícita la cualidad de consumidor. Particularmente debe hacerse referencia aquí también a la discapacidad, situación evidente de vulnerabilidad recogida en las disposiciones que ha dado lugar a diferentes problemas prácticos en los supuestos de usuarios de servicios sanitarios que tienen suscrita una póliza de seguro de asistencia sanitaria. En este sentido, no es infrecuente que las compañías aseguradoras establezcan restricciones y limitaciones para suscribir contratos de seguro de asistencia sanitaria en los que figuren como aseguradas personas con discapacidad, colectivo vulnerable discriminado

³⁸⁸ Ley castellano-manchega 1/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor (artículo 3.1); Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia (artículo 4) Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios (artículo 4.2); Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios (artículo 5.2); la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid (artículo 4.2); la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón (artículo 5.1); y la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura (artículo 5). Personas enfermas: El Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, sólo menciona las personas enfermas (artículo 111-2.c).

en esta clase de pólizas, además de por ser más proclives a riesgos de salud, también a sufrir determinados siniestros o eventos susceptibles de aseguramiento. En estos casos, nos encontramos con una clara discriminación de las compañías aseguradoras con estas personas que son generalmente rechazadas como asegurados o en el mejor de los casos sufren una penalización en las primas³⁸⁹. A estos efectos, conviene recordar cómo el principio de protección prioritaria del consumidor vulnerable, en combinación con otros principios como el de no discriminación han dado paso a las oportunas modificaciones legislativas que rompen con la asimetría posicional de las partes³⁹⁰. Tal es así, que en 2011 se introdujo una Disposición adicional cuarta en la Ley de Contrato de Seguro que prohíbe expresamente la discriminación a las personas con discapacidad en la contratación de seguros. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de discapacidad, salvo que se encuentren fundadas en causas

³⁸⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, “La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p. 398. ROMERO GALLARDO, Alfredo, “Igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad en la contratación de seguros privados”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 818, Thomson-Aranzadi, 2011, p.6.

³⁹⁰ Téngase en cuenta que la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en su artículo 25. 1. e) prohíbe la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable. Desde la norma sectorial, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, también prevé que no sólo las Administraciones públicas sino también los sujetos privados presten atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad, conforme a la legislación sanitaria general y sectorial vigente (artículo 10.2).

justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente. Podemos observar de este modo que el título de consumidor vulnerable ha llegado a resultar fundamental para introducir modificaciones legislativas limitativas de la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de contratar³⁹¹.

2.- EL PRESTADOR DE SERVICIOS SANITARIOS

2.1- Preliminar

Sentado que el paciente, *rectius*, el usuario de servicios sanitarios, participa del concepto de consumidor, debemos ineludiblemente abordar otra de las cuestiones centrales del presente trabajo: el concepto de

³⁹¹ GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, “Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 416 y 417, señala que “en el marco del principio de autonomía privada, la entidad aseguradora puede decidir si brinda o no el servicio de seguro específico para personas con discapacidad, o con determinada discapacidad. En efecto, la falta de productos idóneos de salud para personas que escapan del “estándar” es un problema de política de salud pública que corresponde al Estado resolver, y no a la empresa privada. Pero si se afirma la eficacia interpretados del principio de no discriminación que rige en nuestro ordenamiento, especialmente tras la Adaptación de nuestra normativa interna a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26/2011, ahora objeto de refundición, concretado en el art. 7.3 TRPDPD), la pregunta no es qué productos o servicios debe comercializar una entidad aseguradora (medida de acción positiva que el TRPDPD no contempla en el ámbito privado), sino en qué condiciones es lícito a la misma denegar el acceso a una póliza de seguro de asistencia sanitaria estándar o cobrar una prima superior por la contratación de la misma a una persona discapacitada (efecto interpretados del principio de igualdad y no discriminación por razón de discapacidad en el acceso a los servicios relacionados con la salud). Si entendemos que el TRPDPD contempla esta previsión, sólo debería poderse negar el acceso a una póliza ordinaria de asistencia sanitaria, excluir determinados riesgos o aumentar el precio de la prima si ello está directamente relacionado con estudios actuariales determinantes de diferencias justificativas de tales actuaciones, con independencia de que la legislación sectorial del contrato de seguro la contemple o no en el futuro”.

empresario y, más concretamente, el de prestador de servicios sanitarios. A la hora de analizar el concepto de prestador de servicios sanitarios alguna advertencia metodológica previa resulta precisa. Nos referimos aquí al término “prestador” en la medida en que la actividad principal del sujeto frente al que se protege al usuario es justamente la prestación de servicios, en el caso que nos ocupa, de naturaleza sanitaria. Por otra parte, debemos partir de la premisa de que no analizamos aquí tanto al empresario, en el sentido jurídico-mercantil del término³⁹², como a la persona física o jurídica frente a la que se protege al consumidor, en nuestro caso, usuario de servicios sanitarios. Es por ello que la noción de empresario en el Derecho de Consumo difiere notablemente del concepto de empresario en el ámbito del Derecho mercantil, existiendo zonas de coincidencia pero también de disonancia, de las cuales, probablemente, la más significativa sea la inclusión de la Administración pública en tanto que prestadora de servicios sanitarios. Para el análisis de la cuestión emplearemos la misma metodología seguida para la aplicación del concepto de consumidor al usuario de servicios sanitarios, esto es, procederemos a examinar su alcance desde la perspectiva del Derecho europeo, comparado, estatal y autonómico, de modo que podamos ulteriormente aplicar la categoría correspondiente a la relación de prestación de servicios sanitarios

³⁹² La literatura en torno al concepto de empresario es lógicamente inabarcable, máxime cuando éste ha sido un elemento nuclear para la configuración del Derecho Mercantil moderno. Por todos, ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad” en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen I, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 59-62. Desde el punto de vista jurídico-positivo desde siempre ha contado con importante aceptación el concepto que recoge del artículo 2.082 del *Codice civile* italiano que define al empresario como “quien ejercita profesionalmente una actividad económica de empresa organizada con el fin de producción o intercambio de bienes y servicios”

2.2.-Concepto de empresario o profesional en el Derecho de Consumo comunitario

Sentado lo anterior, si analizamos el Derecho derivado de la Unión Europea mediante el análisis de las directivas vigentes en materia de defensa de los consumidores, encontramos que no existe, ni mucho menos, un término unívoco. La heterogeneidad no sólo radica en el contenido del concepto sino también en su propia taxonomía, diferente según los casos. A ello, debe añadirse la paradoja de que la versión española de las Directivas haya traducido habitualmente directamente del texto inglés que suele emplear el término “*trader*”. Ello provoca una consecuencia inmediata que no es otra que las Directivas se traduzcan al español utilizando el incorrecto y restringido término de “comerciante”, cuando lo correcto sería emplear “empresario” o incluso “profesional” siempre que entendamos este último en sentido amplio. Por otra parte, la paradoja suele ir en aumento dado que, consciente el legislador español de la insuficiencia técnica del término “comerciante”, cuando transpone la Directiva en el Derecho interno huye de tal mención que, en realidad, pretende designar el todo (empresario) por la parte (comerciante)³⁹³. En

³⁹³ Como resulta sobradamente conocido, el Código de Comercio no se refiere al empresario sino al insuficiente término de comerciante. En principio, el concepto de empresario es más amplio que el de comerciante, ya que éstos son los que se dedican habitualmente al comercio (art. 1 Cco), concepto que es más estrecho que el de la actividad empresarial ya que no incluye ni a los fabricantes, ni a todos los empresarios del sector servicios, ni a los profesionales liberales. Como veremos en el capítulo correspondiente, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil califica en su artículo 001-2 como empresario “1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales; 2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior; 3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto”. No obstante, se ensancha el concepto de mercantilidad para acuñar la categoría de “operador de mercado” que, además de los empresarios, incluiría a las personas físicas

este sentido, no se alcanza a entender la razón por la cual la traducción española no toma como referencia el correcto término “*professionel*” presente en la versión francesa, o incluso expresiones equivalentes de otras lenguas latinas como “*professionista*” en la italiana o “*profissional*” en la portuguesa. En todo caso, entendemos que la más correcta es la versión alemana donde se emplea el término “empresario” (“*Unternehmer*”). Nótese que el lenguaje no es neutral y que las traducciones de los textos comunitarios deben tener en cuenta que la significación jurídica de los términos no resulta equivalente.

Así las cosas encontramos un primer grupo de Directivas que emplean el término “*comerciante*”, que es empleado con diferentes significados, según los casos:

a) “comerciante”: toda persona física, o toda persona jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o a su cargo, con fines relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión; [artículo 4.1.b) de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo].

b) “comerciante”: toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos

que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado y a las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades

regulados por la presente Directiva [artículo 2.2 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores].

c) “comerciante”: toda persona física o jurídica que actúe con fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión y cualquier persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante” [artículo 2.e) de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio].

d) “comerciante”: cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste” [artículo 2.b) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior].

En estas primeras cuatro directivas examinadas podemos observar como elementos comunes: a) que pueden ser personas físicas o jurídicas; b) que pueden ser privadas o públicas, si bien esta última posibilidad tan sólo se menciona en el caso de la Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo de 2013 y en la Directiva sobre derechos de los consumidores de 2011. El silencio, en todo caso, de las otras dos disposiciones no debemos necesariamente interpretarlo como imposibilidad conceptual de que las personas jurídico-públicas puedan ser “comerciantes”, siempre que desarrollen actividades empresariales (caso de la Directiva 2005/29) o contratos de aprovechamiento por turno de

bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (Directiva 2008/122, posibilidad esta última ciertamente extraña en una Administración pública); c) en las cuatro directivas analizadas, la actuación del empresario como sujeto frente al que se protege al consumidor puede ser directa (en nombre propio) o indirecta (por cuenta ajena); d) su actividad debe ser empresarial: así se habla de “fines relacionados con sus actividades comerciales o empresariales, su oficio o su profesión”, “con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”, “fines relacionados con su actividad económica, negocios, oficio o profesión”, o “propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión”. En este sentido, si bien es cierto que emplea indistintamente los términos “fines” o “propósito” no creemos que en estos últimos casos se esté introduciendo un matiz subjetivo sino que deben entenderse equivalentes y ello porque en realidad la actividad constitutiva de empresa es, por naturaleza, una actividad habitual y organizada.

Ofrece definiciones próximas al incorrectamente denominado “comerciante”, la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo artículo 2.c) emplea la más correcta expresión de “*profesional*”, definiéndolo como “toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva³⁹⁴, actúe dentro del marco de su actividad profesional,

³⁹⁴ Se refiere a los contratos celebrados en régimen de condiciones generales de modo que, de acuerdo con su artículo 3, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En este sentido, se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Como regla especial, se señala que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una

ya sea pública o privada”. También es el caso de la reciente Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, que emplea el término incluso más correcto aún de “*empresario*” para referirse a “toda persona física o toda persona jurídica, ya sea de titularidad privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona que obre en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva, tanto si actúa como organizador, minorista, empresario que facilita servicios de viaje vinculados o como prestador de servicios de viaje”³⁹⁵. Esta última definición recoge todos los elementos que antes señalábamos para el comerciante

Las restantes directivas ofrecen conceptos autónomos vinculados a la concreta actividad frente a la que se protege al consumidor. Así, tendríamos las denominaciones de “*prestador de servicios*” –“cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información” [artículo 2.b) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en

cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El Anexo de la Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

³⁹⁵ Conceptos más específicos de empresario son los de “organizador” -empresario que combina y vende u ofrece viajes combinados, directamente o a través de otro empresario o junto con él, o el empresario que transmite los datos del viajero a otro empresario (artículo 2.8)- y “minorista” -empresario distinto del organizador que vende u ofrece viajes combinados compuestos por un organizador- (artículo 2.9).

particular el comercio electrónico en el mercado interior]³⁹⁶ y de “*prestamista*”, definido como “persona física o jurídica que concede o se compromete a conceder un crédito en el ejercicio de su actividad comercial o profesional” [artículo 3.b) de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo].

Finalmente, debemos hacer referencia a dos directivas en las que el texto comunitario se preocupa por traer a colación, definiéndolos, no sólo al empresario que contrata directamente con el consumidor de los bienes de consumo (vendedor, o suministrador –proveedor en el TRLGDCU-) sino también al productor (concepto que incluye al fabricante y, según los casos, al importador). Este desdoblamiento del círculo de sujetos regulados constituye el corolario del régimen de responsabilidad para éstos, ya sea en forma de régimen de garantía -en caso de falta de conformidad del producto con el contrato-, ya sea en régimen de indemnización -en el supuesto de daños causados por productos defectuosos-.

Así, en primer término, la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, diferencia el “*vendedor*” -entendido como “cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional- del “*productor*”, ya sea el fabricante de un bien de consumo, el importador de dicho bien de consumo en el territorio de la

³⁹⁶ Como modalidad específica de prestador a estos efectos, cabe hacer referencia al “prestador de servicios establecido” que es aquél prestador que ejerce de manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado, sin que la presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio constituyen en sí mismas el establecimiento del prestador de servicios [artículo 2.b) de la Directiva 2000/31/CE].

Unión Europea o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo [artículo 1.2, apartados c) y d)]. En análogos términos, pero con otras palabras, el artículo 3 de la Directiva 85/74 CEE del Consejo de 25 de julio de 1985 en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, entiende por “*productor*” la persona que fabrica un producto acabado, que produce una materia prima o que fabrica una parte integrante, y toda aquella persona que se presente como productor poniendo su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo en el producto. Sin perjuicio de la responsabilidad del productor, toda persona que importe un producto en la Unión Europea con vistas a su venta, alquiler, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución en el marco de su actividad comercial también es considerada como productor del mismo, a los efectos de dicha Directiva, y tendrá la misma responsabilidad que el productor (luego el concepto de productor incluye al fabricante). Si el productor del producto no pudiera ser identificado, cada *suministrador* del producto será considerado como su productor, a no ser que informara al perjudicado de la identidad del productor o de la persona que le suministró el producto dentro de un plazo de tiempo razonable. Lo mismo sucederá en el caso de los productos importados, si en éstos no estuviera indicado el nombre del importador, incluso si se indicara el nombre del productor³⁹⁷.

Podemos observar que, pese a la disparidad de definiciones, en muchos casos condicionadas por el ámbito sectorial en el que se

³⁹⁷ Como puede observarse la principal diferencia entre la Directiva sobre garantías de bienes de consumo y la Directiva en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, radica en que en la primera se singulariza al “vendedor” mientras que en la segunda se equipara al “suministrador” (concepto equivalente, aunque técnicamente más amplio en la medida en que ampararía otros títulos jurídicos diferentes de la compraventa) con el productor a efectos de responsabilidad.

desenvuelven, en general, se presentan notas comunes a los sujetos frente a los que se protege al consumidor. Se trata de las antes sistematizadas: indiferencia entre personas físicas o jurídicas y entre su naturaleza privada o pública, actuación en nombre propio o por cuenta ajena y actividad empresarial. En este sentido, el DCFR de 2009, como documento de naturaleza académica, ha tratado de aportar una definición de empresario, utilizando para ello el término “*business*”, infrecuente en el Derecho derivado que suele preferir en la gran mayoría de casos el “*trader*”³⁹⁸. En este sentido, la definición persigue recoger el mínimo común denominador del concepto y así su artículo 1-1:105(2) señala:

“A «business» means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity”.

Podemos por ello comprobar que la definición del texto académico recoge el elemento indiferente tanto en la personalidad jurídica (“*natural or legal person*”) como en la naturaleza de la misma (“*irrespective of whether publicly or privately owned*”). Las diferencias en relación con la mayoría de la Directivas comunitarias radican en tres cuestiones. En primer término, se elude cualquier referencia a la actuación directa o indirecta, si bien tal omisión resulta irrelevante toda vez que, en realidad, la misma deriva de la teoría general de la representación. En este sentido, no debe olvidarse que

³⁹⁸ Hemos de advertir que si bien “*trader*” literalmente puede traducirse por “comerciante, en realidad desde la perspectiva jurídica anglosajona tiene una connotación más amplia, de ahí que una traducción literal resulta como ya hemos indicada, reduccionista.

el DCFR constituye un código de obligaciones con un objeto mucho más amplio que el de un texto codificado de consumo. Por ello, la mención a las actuaciones directas o indirectas del empresario en las directivas de consumo tienen más sentido en cuanto precisión clarificadora para los casos en los que el empresario titular de derechos y obligaciones frente al consumidor no aparezca a primera vista en la relación jurídica de consumo al actuar a través de representante. La última nota común - actividad con fin empresarial en sentido amplio-, aparece prevista en el DCFR de forma descriptiva: *“purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession, even if the person does not intend to make a profit in the course of the activity”*.

En efecto, el DCFR incluye un elemento finalista -propósitos relativos a la actividad comercial, oficio o profesión de la “persona autoempleada”³⁹⁹-, incluso si la persona no intenta obtener un beneficio con la realización de la actividad, lo que implica que el ánimo de lucro, no constituye un elemento determinante del concepto de empresario. En este sentido, el texto del DCFR puede interpretarse de dos maneras posibles. Una de ellas sería entender empresariales aquellas actividades que no persiguen beneficio pero están vinculadas a la actividad principal que sí participaría de tal fin. La otra, que sería la correcta bajo nuestro punto de vista, sería ampliar el círculo de sujetos que merecen tal calificación y prescindir del lucro como elemento determinante.

2.3.- Concepto de empresario o profesional en el Derecho de Consumo comparado.

³⁹⁹ “*Self-employed*” tiene aquí una significación que pretende excluir la relación laboral por cuenta ajena, subrayando el carácter mercantil de la persona física o jurídica. No obstante, no resulta recomendable su inclusión en el DCFR por su carácter un tanto desconcertante en países de tradición jurídica continental.

2.3.1- Ausencia de uniformidad en los ordenamientos europeos

En general, la nueva Directiva 2011/83 no ofrece novedades respecto del ordenamiento precedente en relación con el concepto de empresario, de ahí que, a diferencia de la adaptación del ordenamiento interno al concepto de consumidor, no resultado preciso, como regla general, efectuar transposición alguna. En este sentido, en Alemania, el concepto de empresario (*Unternehmer*) continúa inalterado en el párrafo §14 *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*⁴⁰⁰. En efecto, el precepto considera empresario o emprendedor a la persona física o jurídica, o a una asociación con personalidad jurídica que, cuando efectúa una transacción legal, actúa en el ejercicio de su actividad comercial, empresa o profesión, aclarando que una asociación con personalidad jurídica (*rechtsfähige Personengesellschaft*) es aquella con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En análogos términos encontramos una definición plenamente ajustada al concepto comunitario en la insólita y sorprendente *Consumer Rights Act* de 2015 que sigue empleando el término de “trader” para referirse a la persona física o jurídica que actúa con propósitos relativos a su actividad comercial, empresa, o profesión, tanto si actúa personalmente como a través de otra persona que actúe en nombre o por cuenta de aquél [artículo 2.2]⁴⁰¹. El respeto de la norma británica por la Directiva de 2011

⁴⁰⁰ §14 BGB “Unternehmer: (1) Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt; (2) Eine rechtsfähige Personengesellschaft ist eine Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben und Verbindlichkeiten einzugehen”.

⁴⁰¹ El artículo 2.2 señala que “«Trader» means a person acting for purposes relating to that person’s trade, business, craft or profession, whether acting personally or through another person acting in the trader’s name or on the trader’s behalf”.

es tal, que la definición es prácticamente equivalente a la que figura en la versión en lengua inglesa de ésta⁴⁰². Por lo demás, la ley, con plausible ánimo aclaratorio, contiene una cláusula expresa de sujeción de la actividad pública al concepto de empresa⁴⁰³.

En el caso belga, encontramos una sencilla definición de empresario en el *Code de droit économique* de 28 febrero 2013, en la redacción dada por la Ley de 7 noviembre 2013, que se limita a señalar que el empresario es toda persona física o jurídica dedicada de manera duradera a un propósito económico, incluyendo sus asociaciones⁴⁰⁴. Otro tanto sucede en Portugal donde la reforma de la Ley nº 24/1996, de 31 de julio, de Defensa del Consumidor, operada por Ley nº 47/2014, de 28 de julio, tampoco hizo necesaria la introducción de un específico concepto de empresario. En este sentido, deben tenerse en cuenta dos importantes precisiones. En primer término, el concepto de empresario o profesional, en el sentido amplio que venimos manejando, resulta incluido en la propia definición de consumidor. En efecto, veíamos antes que la definición legal portuguesa de consumidor contenida en el artículo 2.1 de la mencionada Ley deja claro que el sujeto frente al que se le protege es “(...) la persona que ejerza con carácter profesional una actividad económica con vistas a la obtención de beneficios” (“*peessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios*”). En este sentido, el concepto portugués parece apartarse del previsto en el DCFR para el que, según

⁴⁰² Así, la Directiva indica en su artículo 2.2 “«*Trader*» means any natural person or any legal person, irrespective of whether privately or publicly owned, who is acting, including through any other person acting in his name or on his behalf, for purposes relating to his trade, business, craft or profession in relation to contracts covered by this Directive”.

⁴⁰³ En este sentido, el artículo 2.7 es elocuente “«*Business*» includes the activities of any government department or local or public authority”.

⁴⁰⁴ *Article 1.1.1° “Entreprise: toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations”.*

hemos visto, el beneficio o lucro no resulta elemento constitutivo del concepto. Merece igualmente destacarse la existencia en la norma portuguesa de una cláusula *ad hoc* que deja también clara la sujeción de la actividad administrativa a la disciplina de defensa del consumidor, declarando expresamente incluidos en el ámbito de aplicación de la norma los bienes, servicios y derechos proporcionados, prestados y transmitidos por los organismos de la Administración pública, por personas colectivas públicas, por empresas de capital público o detentando mayoritariamente por el Estado, por las regiones autónomas o por los organismos locales y empresas concesionarias de servicios públicos⁴⁰⁵.

Por el contrario, cabe finalizar este sintético repaso por las legislaciones europeas de referencia, exponiendo la situación de dos países que, paradójicamente, reformaron su legislación en 2014 para adaptarla a la Directiva 2011/83, pero que, sin embargo, no incluyeron una definición de empresario en sus códigos de consumo. Así las cosas, carece de una definición general de empresario el *Code de la consommation* de 1993 que, si bien resultó modificado en 2014 como vimos, para incluir un concepto legal de consumidor prescinde de efectuar otro tanto con el de empresario, si bien de la definición de consumidor del artículo preliminar cabe inferir a *sensu contrario* que aquélla viene referida al ejercicio de actividades comerciales, industriales, artesanales o liberales, por ser éstas precisamente las que resultan excluyentes de aquella condición. Situación análoga es la italiana en cuyo ordenamiento jurídico, el *Codice del consumo* de 2005 fue modificado en 2014 (Decreto legislativo n° 21 de 21 febrero de 2014) para

⁴⁰⁵ Artículo 2.2. “Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas coletivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas regiões autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos”.

adaptarlo a la Directiva 2011/83/UE pero no introdujo una definición específica de empresario, si bien cabe efectuar la misma operación hermenéutica antes señalada para el caso francés.

2.3.2- Unificación latinoamericana en torno a la figura del proveedor

La situación en los ordenamientos latinoamericanos de referencia es diferente a la expuesta en el ámbito europeo y, en este sentido, los países de la región sí han acuñado un concepto más homogéneo del sujeto frente al que se protege al consumidor, calificándolo en su gran mayoría de ocasiones como “*proveedor*”⁴⁰⁶. En este sentido, no debe confundirse esta denominación con la que, con carácter equivalente, aparece en el artículo 7 TRLGDCU, restringido a prestaciones de dar y no de hacer. Sin perjuicio de esta falta de equivalencia, no juzgamos de forma desfavorable el término acuñado en el seno de relaciones jurídicas de consumo, en cuanto descriptivo de la acción que desarrolla la contraparte del consumidor. En este sentido, creemos que constituye un concepto más específico que el de empresario y, sobre todo, que su autonomía nominal permitiría evitar confusiones entre el concepto jurídico-mercantil y el concepto a efectos de Derecho de Consumo que, como hemos visto, puede llegar a incluir incluso a la Administración pública.

Si analizamos los ordenamientos de referencia en la región, podemos comprobar cómo el término “*proveedor*” luce en la Ley argentina 24.240 de 22 de septiembre de 1993, cuyo artículo 2 define como “la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción,

⁴⁰⁶ Sobre los sistemas sanitarios de Mercosur (Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay), cfr. ABRUTZKY, Rosana; BRAMUGLIA, Cristina; y Cristina Godio, Los Sistemas de salud en los países del Mercosur, *Margen: Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, nº 54, 2009, pp.1-9.

montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”. En este sentido, vemos cómo el concepto se ensancha en relación con lo que son los términos jurídico-mercantiles clásicos, no sólo por la inclusión de sujetos públicos sino también por la extensión del concepto a supuestos ocasionales de actividad empresarial. Se quiere con ello ampliar el perímetro de protección del consumidor cuya tutela también se desplegaría en estos casos. Ello no obstante, debe juzgarse severamente la modificación legislativa del precepto efectuada por la Ley nº 26.361, de 7 de abril de 2008, que excluyó expresamente del ámbito de aplicación de la ley a los profesionales liberales y, con ello, muchos supuestos de contrato de servicios médicos, salvo en lo que a la publicidad de sus servicios se refiere⁴⁰⁷.

En el caso brasileño, el *Código de Defesa do Consumidor*, aprobado por Ley nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990, también emplea el término de proveedor (“*fornecedor*”), configurándolo como toda persona física o jurídica, pública, nacional o extranjera, así como los entes sin personalidad jurídica, que desarrollan actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o servicios⁴⁰⁸. Se trata pues

⁴⁰⁷ El precepto reza así: “No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”.

⁴⁰⁸ El artículo 3 del Código brasileño dispone que “*Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção,*

de un concepto amplio y universal que, a diferencia del caso argentino, no deja fuera la prestación de servicios profesionales de medicina, que se emplea para lo que se conoce como sanidad privada o *saúde suplementaria*. Cabe dejar constancia de que el concepto de proveedor también se reitera en Ley federal mexicana de Protección al Consumidor, cuyo artículo 2.II lo define como “la persona física o moral que habitual o periódicamente ofrece, distribuye, vende, arrienda o concede, el uso o disfrute de bienes, productos y servicios”.

La relativa modernidad del Código peruano de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado por la Ley n° 2.957, de 1 de septiembre de 2010, nos permite examinar una interesante clasificación enunciativa y no cerrada de la figura del proveedor. Así, en primer lugar, el artículo IV.2, reputa proveedores a “las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores”. Acto seguido, de forma enunciativa y no limitativa, efectúa una cuatripartición del concepto, clasificándolos en: a) distribuidores o comerciantes⁴⁰⁹; b) productores o fabricantes⁴¹⁰; c) importadores⁴¹¹ y d) prestadores, categoría de especial interés para

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

⁴⁰⁹ “Personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público”.

⁴¹⁰ “Personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores”.

⁴¹¹ “Personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional”.

nuestro objeto de investigación y que se define sencillamente como “personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores”.

2.4.- El empresario en el TRLGDCU

2.4.1.- Configuración técnico-jurídica

La LGDCU de 1984 contenía un concepto de empresario a efectos de la normativa de consumo que se nos proporcionaba *contrario sensu*, al mencionar su artículo 1.2 *in fine* a las personas frente a las que se protege al consumidor. Así, establecía que:

“A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, *cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.*

A diferencia de lo que sucedía en la LGDCU, que no contenía una definición específica de empresario –insistimos, como sujeto frente al cual se protege al consumidor-, la redacción originaria del artículo 4 TRLGDCU recogió expresamente el siguiente concepto:

“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”.

Con posterioridad, el concepto ha sido levemente modificado, y resulta casi literalmente copiado de su homónimo de la Directiva, señalando que:

“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”.

Si efectuamos el oportuno análisis del precepto, cabe extraer las siguientes características del mismo:

1º.- Se trata de un concepto especial. Al igual que sucede con el concepto de consumidor, el de empresario lo es “a los efectos de lo dispuesto en esta norma”. En efecto, el legislador español es consciente de la ausencia de identidad entre el concepto jurídico-mercantil y el concepto de Derecho de Consumo y lo quiere hacer evidente y expreso en el mismo frontispicio del precepto. Precisamente por ello, debe diferenciarse este concepto especial de empresario no sólo del concepto de empresario mercantil sino también de figuras afines pero que son tratadas por otras disciplinas⁴¹². Así el concepto del artículo 4 TRLGDCU es diferente del concepto laboral de empresario, esto es, del empleador, que figura en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. En este sentido, su artículo 1.2 proporciona un concepto tan sólo apto para el Derecho del Trabajo señalando que “a los efectos de esta ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así

⁴¹² Es clásica la cita del maestro GARRIGUES señalando que “sobre la empresa vierten sus normas varias ramas del Derecho, ninguna de las cuales puede pretender el monopolio de su regulación” (GARRIGUES, Joaquín, “¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 71, 1959, p.59).

como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”. También difiere del concepto de “emprendedor”, previsto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que considera emprendedores a “aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta Ley” (artículo 4). La noción de emprendedor constituiría por ello un concepto más restringido que el empresario del TRLGDCU que lo absorbería en todo caso⁴¹³.

⁴¹³ Para MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”..., ob.cit., p. 16, “el emprendedor, por tanto, es un empresario, que lleva a cabo una actividad empresarial o profesional. Parece, pues, que todo «emprendedor» debe considerarse “empresario” a los efectos del art. 4 TRLGDCU. En realidad, su tratamiento como empresario a efectos de la posible aplicación del TRLGDCU deriva de que cumpla los requisitos que se contienen en el art. 4 TRLGDCU, y no de que se le califique como «emprendedor» en la Ley 14/2013. Por el contrario el autor excluye al empresario a los efectos de la legislación de la Seguridad Social señalando que “la Ley 14/2013 modifica la Ley Concursal, introduciendo la posibilidad de que el empresario pueda alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, con la ayuda de un mediador concursal (nuevos arts. 231 a 242 LC). A este procedimiento puede acudir no sólo el clásico empresario persona física, sino también “aquellos que tengan esa consideración a los efectos de la legislación de la Seguridad Social” (art. 231.1.II LC). Así sucede, por ejemplo, con el «empleador» que contrata a una empleada de hogar para que preste servicios domésticos en su domicilio. Al margen de que ese sujeto sea tratado como “empresario” en la LC en el marco de un «acuerdo extrajudicial de pagos», no puede ser calificado como «empresario» conforme al art. 4 TRLGDCU. Si compra alimentos y lejía, que la empleada de hogar utilizará en preparar la comida y mantener limpia la vivienda, compra como consumidor, y no como empresario”. Creemos, por el contrario, pese a lo señalado en la legislación concursal, entendemos que en realidad no existe un empresario “a efectos de Seguridad Social” excepción hecha de la Administración pública. El supuesto comentado en realidad resultaría ser un supuesto de concepto laboral de empresario, ya descartado supra y que aparece contemplado como relación laboral especial del servicio del hogar familiar en el artículo 2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores. Al margen de esta consideración, coincidimos en

2º.- Como sucede en todos los ordenamientos comparados, se encuentran incluidos en el concepto tanto las personas físicas como las personas jurídicas. En consecuencia, participa del mismo tanto el empresario individual (persona física) como el empresario social (persona jurídica)⁴¹⁴. Sin embargo, en el caso de las personas jurídicas, entendemos que las sociedades mercantiles, con independencia de la forma que adopten, no agotan la noción de “empresario” a efectos de protección jurídica del consumidor. En efecto, adviértase como el precepto habla de “*toda persona*”, con vocación de universalidad, por lo que dentro del concepto debemos incluir otras formas de configuración de la actividad empresariales tales como las agrupaciones de interés económico, las cooperativas sanitarias o las sociedades de profesionales sanitarios, personificaciones que serán estudiadas más adelante⁴¹⁵. En este sentido, cabe subrayar que el acento debe ponerse no tanto en la naturaleza jurídica del prestador como en la finalidad (“*propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*”). Consecuentemente, el criterio que recoge el TRLGDCU no es subjetivo sino finalista o teleológico. En este

que el supuesto no resultaría un caso de empresario a efecto de Derecho de Consumo.

⁴¹⁴ MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”...,ob.cit., p. 15, defiende que la mención a las personas físicas y jurídicas no impide que también puedan ser empresarios entidades sin personalidad jurídica, como las comunidades de bienes. las comunidades de bienes.

⁴¹⁵ El concepto amplio lleva a afirmar a BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 4. Concepto de empresario”...ob.cit., pp. 101-102 que “el empresario puede ser una persona física o jurídica: empresario individual, profesional liberal, comunidad de bienes, sociedad profesional, sociedad mercantil o no mercantil, fundación, asociación, entidad con personalidad jurídica, siempre y cuando aporte bienes o servicios al mercado, con ánimo de lucro, directo o indirecto. De ahí que las comunidades de bienes, las cooperativas, las fundaciones y las asociaciones puedan quedar excluidas del concepto del artículo 4 si no proveen de bienes o servicios a terceros y/o no persiguen obtener lucro alguno mediante el suministro de bienes o servicios a terceros”.

sentido, cabe incluir dentro del concepto la actividad industrial, dirigida a la producción de bienes y servicios a través de la transformación de las materias primas y de la energía; la actividad agrícola y ganadera; la actividad artesanal; la actividad profesional liberal o la actividad comercial entendida como intermediación en la circulación de bienes y servicios⁴¹⁶. La inclusión de la actividad profesional liberal es particularmente en nuestro caso muy significativa pues todavía constituye una fórmula habitual de desenvolvimiento de la prestación de servicios médicos.

3º.- El precepto viene a decir de forma un tanto tautológica que es empresario quien realiza una actividad empresarial, añadiéndose el adjetivo de “profesional”, para incluir así también dentro del marco de las relaciones jurídicas de consumo a los profesionales liberales⁴¹⁷. Esta

⁴¹⁶ Bajo el imperio de la antigua LGDCU, BOTANA GARCÍA, Gema, “Noción del consumidor”..., ob.cit., pp. 41-42, incluía dichas actividades en sentido amplio. Dicha relación pone de manifiesto la falta de correspondencia entre el concepto del Derecho de Consumo y el de Derecho Mercantil, dado que tanto la actividad agrícola y ganadera (artículo 326.2 Cco) como la actividad artesanal (artículo 326.3 CCo) se consideraban tradicionalmente extramercantiles sin que exista inconveniente alguno para que sean consideradas empresariales a efectos del TRLGDCU. En todo caso, se ha propuesto por la doctrina [CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”...ob.cit., p. 5; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y TORRES LÓPEZ, Francisco, en “Capítulo I. Ámbito de aplicación”..., ob.cit., p.77], pese a resultar un ámbito ajeno al Derecho de consumo, acudir a la definición de actividad empresarial o profesional en la normativa tributaria. Así el artículo 5.2 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido señala que “son actividades empresariales o profesionales las que impliquen la ordenación por cuenta propia de factores de producción materiales y humanos o de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios. En particular, tienen esta consideración las actividades extractivas, de fabricación, comercio y prestación de servicios, incluidas las de *artesanía, agrícolas, forestales, ganaderas, pesqueras, de construcción, mineras y el ejercicio de profesiones liberales y artísticas*” (la cursiva es nuestra).

⁴¹⁷ Vid. SACRISTÁN REPRESA, Marcos, “El Texto Refundido de la LGDCU: notas sobre alcance y significado”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 3, 2008, p. 47, señalaba respecto a

inclusión, plenamente lógica, ha sido confirmada en la STJUE de 15 de enero de 2015, Asunto Birute Siba y Arunas Devenas- C 537/13) que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Lituania, declara que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se aplica a contratos-tipo de servicios jurídicos como los que son objeto del asunto principal, concluidos por un abogado con una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional. De particular interés en el ámbito médico es la declaración judicial sobre la circunstancia de que no pueden suponer un obstáculo en la aplicación de la Directiva algunas exigencias deontológicas de los prestadores de servicios, como en el presente caso la obligación de los abogados de proteger la confidencialidad de sus relaciones con los “clientes-consumidores”⁴¹⁸. No obstante cabe señalar que, con anterioridad, el Tribunal Supremo español ya había

equivalente precisión en la redacción original que “se confirma la inclusión en el círculo de las personas frente a las que se protege al consumidor de profesionales no empresarios en un sentido estricto, cuya relación con el consumidor resulta potencialmente más lesiva para sus derechos que la existente entre consumidor y empresario en un sentido restringido”. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y TORRES LÓPEZ, Francisco, en “Capítulo I. Ámbito de aplicación”..., ob.cit., p.76 quienes advierten que la actuación en el marco de una actividad profesional no debe identificarse en esa sede con la profesionalidad en el desarrollo de la actividad, pues ésta es una característica que comparten tanto los empresarios como los profesionales liberales.

⁴¹⁸ Cfr. RALUCA STRIOE, Iuliana “Los contratos de prestación de servicios jurídicos concluidos entre un abogado y un consumidor entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 13, 2015, pp. 229-230. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia y ARRIZO AGUADO, David, “¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE de 15 enero 2015. - Asunto C 537/13- (SIBA)”. *Revista Aranzadi Doctrinal* nº6, 2015, Westlaw. BIB 2015\1836.

aplicado la normativa de consumo, en concreto en materia de cláusulas abusivas, en contratos de servicios profesionales⁴¹⁹.

En todo caso, como venimos diciendo, las expresiones “comercial” y “empresarial”, parecen a primera vista una redundancia pues carece de sentido hablar de actividad comercial cuando el adjetivo “empresarial” ya proporciona suficiente cobertura inclusiva en la medida en que aquélla es una modalidad de ésta. En efecto, la actividad empresarial hoy en día ya no es sólo la vieja actividad comercial disciplinada por el Código de Comercio sino que se ha ensanchado a otros sectores como la industria o los servicios. Es en este último ámbito donde encuentra su sentido la expresión “oficio” o “profesión”, denotando de este modo una vocación de aprehender dentro de las relaciones jurídicas de consumo los servicios profesionales, y los sanitarios evidentemente lo son. Con independencia de lo anterior si la mención al término profesional sirve para despejar

⁴¹⁹ Así la STS de 8 de abril de 2011 (RJ 2011, 3153) determina el carácter abusivo de una cláusula que establece que “si por cualquier circunstancia el cliente decidiera prescindir de los servicios de abogados, los honorarios quedarán fijados en el 15% del valor de su participación en la herencia, según la valoración más alta de la que se tenga conocimiento y serán satisfechos en el momento de retirada del asunto”. Ello penaliza de forma clara y grave al cliente desde el momento en que es la voluntad del profesional la que impone de forma encubierta los requisitos del servicio jurídico que presta el bufete para impedir que el cliente pueda resolver unilateralmente el contrato con evidente y grave limitación de su derecho de defensa, pues solo será posible hacerlo mediante el desembolso de una indemnización desproporionalmente alta que no tiene como correlativo un pacto que ampare su situación en el supuesto de que quisiera resolver el contrato sea cual sea el motivo y en qué momento. Cfr. SALAS CARCELLER, Antonio, “Cláusula abusiva en un contrato de arrendamiento de servicios concertado con un despacho de abogados”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2011, pp. 20-24. Téngase en cuenta también que incluso en el ámbito de la retribución por la prestación de servicios, la jurisprudencia española ha considerado que la prohibición de la cuota litis tiene efectos puramente corporativos y no civiles [STS de 13 de mayo de 2004-RJ 2004, 2739].

cualquier tipo de duda sobre la sujeción del profesional liberal a la disciplina de consumo, bienvenida sea la sinécdoque⁴²⁰.

4º.- El concepto general de empresario del artículo 3 TRLGDCU convive con las definiciones legales de dos supuestos especiales de empresario: el productor y el proveedor. Así, en sede de disposiciones generales se refiere en su artículo 5 al concepto de *productor*, señalando que “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo”. Podemos observar de esta manera que el concepto de productor se presenta en sentido amplio incluyendo al fabricante, al prestador del servicio, al intermediario, al importador y al fabricante aparente. En línea de principio, dichas disposiciones resultan más bien aplicables en relación con el régimen de sujetos responsables por los daños por productos defectuosos, cuestión regulada en el libro tercero del TRLGDSCU, si bien la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138” resulta perturbadora dado que parece sugerir que el concepto del artículo 5 presenta autonomía sobre el que se prevé en sede de

⁴²⁰ En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 4. Concepto de empresario” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 100, que lo achaca a que también se hace el doble distingo en la definición de consumidor del artículo 3 TRLGDCU. En realidad, más que una adición ociosa, el término “profesional” trae causa de la amplia concepción que de empresario existe en el marco del Derecho comunitario.

responsabilidad por productos defectuosos⁴²¹. Por otra parte, el artículo 7 TRLGDCU sienta un concepto de proveedor “a efectos de esta norma”, definiéndole como el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución. Nuevamente debemos tener en cuenta que el concepto legal de proveedor sólo resulta relevante en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos (artículos 138.2 y 146 TRLGDCU), cuestión que será tratada en el capítulo correspondiente⁴²².

2.4.2- La cuestión de la Administración pública como empresario a efectos del Derecho de Consumo

⁴²¹ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”...ob.cit., p. 6 califica de chocante o, al menos, poco elegante que el propio TRLGDCU contenga otra definición distinta, bajo la rúbrica «concepto legal de productor», en su art. 138 (a efectos de responsabilidad por productos defectuosos). En todo caso, debe tenerse en cuenta que parece en realidad una ampliación del concepto que aparece en el artículo 138, dado que este último, en su apartado 1 señala que “a los efectos de este capítulo (es decir, de responsabilidad por productos defectuosos) es productor, además del definido en el artículo 5...” En el mismo sentido, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y TORRES LÓPEZ, Francisco, en “Capítulo I. Ámbito de aplicación”..., ob.cit., p.88. No obstante, conviene tener en cuenta que el concepto de productor también se emplea en el TRLGDCU en materia de identificación en la presentación de bienes y servicios [artículo 18.2.a)], audiencia en el control de la calidad de los bienes y servicios (artículo 44.3), garantía comercial [artículo 59.bis.1.j) y disposición transitoria, apartado 2] y garantía legal entendida como conformidad del producto con el contrato [artículos 16.1.d) y 124). En todos estos supuestos el concepto a emplear lógicamente es el del artículo 5.

⁴²² La expresión “proveedor” aparece también mencionada con carácter sectorial en los artículos 21.2 (“proveedores de servicios de telecomunicaciones”), y 81.3 (“proveedor a distancia de servicios financieros”). En sede de garantía o conformidad del producto con el contrato, el TRLGDCU utiliza sin embargo el término más estricto de “vendedor” (artículo 114 y ss), que, tal y como señala la Exposición de Motivos, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial.

2.4.2.a) Planteamiento general

La cuestión que queremos traer aquí a examen es el alcance del inciso “*ya sea privada o pública*” en relación con los prestadores de servicios. Ninguna duda cabe de que bajo dicho paraguas debemos incluir a las sociedades mercantiles de participación pública o a las fundaciones en mano pública que, en realidad, son personificaciones jurídico-privadas que carecen de la consideración de Administración⁴²³. No obstante, cabe preguntarse si debemos incluir dentro del concepto de empresario a las Administraciones públicas, esto es, a personas jurídicas de Derecho público y, en concreto, a las Administraciones que prestan servicios sanitarios, cuestión especialmente trascendente en nuestro ámbito dada la importancia del sector público en la prestación de servicios sanitarios.

La ley de 1984 se refería como empresarios a los sujetos que producen, facilitan, suministran o expiden bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, y señalaba un criterio de indiferencia en cuanto su naturaleza jurídica (“*cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva*”). Desde esta perspectiva, las personas jurídicas de naturaleza pública (Administraciones, por definición: no hay otras) pueden ser la contraparte de una relación jurídica de consumo con independencia del régimen jurídico, público o privado, con el que actúen en el tráfico de bienes y servicios. Tras la aprobación del TRLGDCU de 2007, la ubicación del inciso “*ya sea pública o privada*” en la frase, permitía suscitar dudas sobre si dicho carácter se refería a la

⁴²³ En efecto, forman parte del sector público pero no tienen personalidad jurídico-pública sino privada. Aparecen previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo artículo 2.2.b) b) se refiere a las “entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas”.

actividad o a la personalidad. En el primer caso, quedarían excluidas las Administraciones dado que en todo caso debe desplegarse “actividad empresarial o profesional”. Por el contrario, si entendemos, en consonancia con la norma de 1984, que la disyuntiva pública o privada viene referida a la personificación, cabría incluir la actividad prestacional de las Administraciones públicas. Entendemos que esta duda ha desaparecido con la redacción que da al precepto la Ley 3/2014 que abona la segunda de las interpretaciones al introducir la disyuntiva “ya sea privada o pública” justo detrás de “persona física o jurídica” y no de actividad. Ello no obstante, la vaguedad del TRLGDCU requiere inexcusablemente el análisis de tal cuestión en el Derecho autonómico, en la medida en que las soluciones presentadas han sido variadas.

2.4.2. b).- Su tratamiento en el Derecho autonómico

Desde luego, la legislación autonómica en este punto resulta de lo más variado. En este sentido, existen leyes autonómicas anteriores al TRLGDCU y otras posteriores a la norma estatal, lo que condiciona su pronunciamiento en esta materia, que en todo caso resulta heterogéneo. Así las cosas, una vez descartadas las disposiciones autonómicas que prescinden de definir el concepto de empresario⁴²⁴, podemos diferenciar dos bloques de normas.

i) Normas autonómicas que incluyen a las Administraciones públicas en todo caso

Un primer grupo de disposiciones autonómicas incluyen a las Administraciones públicas como sujeto frente al que se protege al

⁴²⁴ Se encuentran en dicha situación la Ley 1/2011, de 22 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto de los consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana, la Ley 16/2006, de 28 de diciembre, de Protección y Defensa de los Consumidores y Usuarios de Aragón y la Ley 6/2001, de 24 de mayo, del Estatuto de los Consumidores de Extremadura.

consumidor en todo caso, con independencia del régimen jurídico bajo el que actúen. Así, nos encontramos sustancialmente con cinco casos: Andalucía, Cataluña, La Rioja, Cantabria y Castilla y León. Así, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, parece apostar claramente por incluir a las Administraciones públicas como prestadores sujetos a la disciplina de protección al consumidor. Así se infiere indirectamente de la definición de consumidor en el artículo 3.a) dado que incluye como contraparte del consumidor a quienes realizan actividades de prestación de servicios, incluidos los públicos”⁴²⁵. Este carácter se deduce aún más claramente del artículo 3.c) cuando al definir “bienes o servicios” incluye “cualesquiera productos, actividades o funciones, utilizadas por los consumidores, *independientemente del carácter individual o social, público o privado, de quienes los produzcan, suministren o los presten*”.

En el Código de Consumo de Cataluña, aprobado por la Ley 22/2010, de 20 de julio, parece excluirse, a primera vista, a las Administraciones públicas toda vez que define al empresario en su artículo 111-2.d) como “cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, en la realización de un negocio, un oficio o una profesión, comercializa bienes o servicios o, de cualquier otra forma, actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional”. Si bien existe la referencia a la persona jurídica pública no parece que resulte predicable de la Administración la posibilidad de realización de un negocio, un oficio o una profesión. Sin embargo esta primera impresión queda descartada

⁴²⁵ “Consumidores y usuarios: las personas físicas o jurídicas que adquieran, utilicen o disfruten como destinatarios finales bienes o servicios. No tienen esta consideración las personas físicas o jurídicas que, sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios con el fin de integrarlos en la organización o ejercicio de una actividad empresarial, profesional o de prestación de servicios, incluidos los públicos”.

cuando, más adelante, la letra m) del mismo precepto define la “relación de consumo” como “*cualquier relación establecida entre, por una parte, empresarios, intermediarios o la Administración como prestadora de bienes y servicios y, por otra parte, las personas consumidoras. Esta relación comprende la información, la oferta, la promoción, la publicidad, la comercialización, la utilización, la venta, y el suministro de bienes y servicios, así como las obligaciones que se deriven*”. En este sentido, a diferencia de la norma gallega, se incluye a la Administración pública con independencia del régimen de Derecho público o privado con el que actúe⁴²⁶.

En el caso de la Ley 5/2013, de 12 de abril, para la defensa de los consumidores en la Comunidad Autónoma de La Rioja⁴²⁷, al definir al consumidor en su artículo 2 señala como contraparte a quien ofrezca o ponga a su disposición bienes o servicios, ostentando la condición de

⁴²⁶ Además, el artículo 111-1, apartado 2, modificado por la Ley 20/2014, 29 diciembre, extiende la aplicación del Código a determinadas relaciones interempresariales, dado que señala que “los derechos y las obligaciones establecidos por el presente código son de aplicación, en la medida en que sean compatibles, a: a) Las relaciones de prestación de servicios entre las personas físicas empresarias que estén dentro del régimen especial de trabajadores autónomos y las empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado; b) Las relaciones entre empresas prestadoras de servicios básicos y servicios de trato continuado y los entes que tengan la consideración de microempresas de acuerdo con la Recomendación 2003/361/CE, de 6 de mayo. En relación con esta última novedad, cfr. RALUCA STROIE, Iuliana “Por primera vez las pymes protegidas por una ley de protección a los consumidores independientemente de su ánimo de lucro o su actuación dentro o fuera del ámbito empresarial”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13, 2015, pp. 40-44.

⁴²⁷ El texto contiene una incorrecta Disposición adicional primera titulada “Aplicación supletoria” (sic) que señala que “en lo no previsto en la presente ley y las disposiciones que la desarrollen, será de aplicación la legislación del Estado y de la Unión Europea en materia de defensa de los consumidores y cuantas disposiciones se hayan dictado o se dicten en desarrollo de la misma”. En este sentido, el TRLGDCU es básico en su mayor parte y la relación de la normativa autonómica y normativa europea en materia de defensa del consumidor no puede explicarse a partir del principio de supletoriedad.

empresario o profesional, “con independencia de su naturaleza pública o privada”. En exacto sentido, se pronuncia la Ley 3/2003, de 12 de febrero, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Comunidad Autónoma de Canarias (artículo 2). Diferencias de matiz presenta la Ley castellano-manchega 1/2005, de 15 de diciembre, del Estatuto del Consumidor, que se refiere a “cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden”. El artículo 2.3 de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia, en la redacción dada por la Ley 1/2008, 21 abril, reproduce la redacción originaria del TRLGDCU señalando que “A los efectos de la presente Ley se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada”.

Por su parte, la Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, carece de una definición de empresario pero de forma indirecta deja claro que el servicio público, o al menos, el servicio público sanitario, queda bajo su manto de protección. En este sentido, es revelador su artículo 7.3 cuando establece que “las Administraciones públicas de Cantabria, en el ámbito de sus respectivas competencias, velarán para que los *usuarios del sistema sanitario, ya sea éste público o privado*, reciban, tras el alta hospitalaria o la finalización de los procesos asistenciales que comportan sólo consultas ambulantes sin ingreso, un informe clínico en el que se incluya la información relativa a la asistencia médica recibida. Igual obligación se dispone para garantizar, en los términos fijados en la legislación especial, el acceso a la documentación de la historia clínica y la obtención de copia de los datos que figuran en ella”. Ciertamente, la disposición viene referida tan sólo a un concreto aspecto de la prestación de servicios sanitarios de naturaleza accesoria (documentación clínica), pero entendemos que el precepto

constituye una tímida pero sugerente base hermenéutica adicional para calificar la prestación de servicios sanitarios públicos como relación jurídica de consumo

Finalmente, cabe citar la Ley 2/2015, de 4 de marzo, por la que se aprueba el Estatuto del Consumidor de Castilla y León, que, a la fecha de elaboración de este trabajo, es la única norma autonómica posterior a la Ley estatal 3/2014. La norma define en su artículo 3 al empresario, limitándose a reproducir exactamente el artículo 4 TRLGDCU.

ii) Normas autonómicas que incluyen a las Administraciones públicas sólo cuando actúan en régimen de Derecho privado

Un segundo grupo de leyes autonómicas incluyen a la Administración como persona jurídica frente a la que cabe proteger al consumidor pero con una importante limitación: sólo cuando actúen en régimen de Derecho privado. Así, la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias, emplea el término de relación jurídica de consumo (más amplio que el de contrato de consumo) en su artículo 2 señalando que “se entiende por relación de consumo aquella que se produce entre las *empresas* y los consumidores de acuerdo con lo establecido en la presente ley”. En consecuencia habrá que determinar que se entiende por “empresa”, concepto que nos proporciona de forma amplia el artículo 4 del texto legal⁴²⁸. Ahora bien, la legislación

⁴²⁸ Así el artículo 4 establece un concepto de “empresa”, señalando que lo siguiente: “1. A efectos de la presente ley, tendrán la consideración de empresa aquellas personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con independencia de su finalidad, que actúen en el mercado de forma habitual, profesional o artesanal, promoviendo de modo directo o indirecto la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones o mediante la oferta, venta de bienes o prestación de servicios, incluidos los profesionales, a los consumidores. 2. En todo caso, tendrán la consideración de empresa tanto las sociedades mercantiles como aquellas personas, físicas o jurídicas, que, de acuerdo con la normativa de ordenación

gallega se preocupa expresamente de delimitar si la Administración tiene la cualidad de empresario, señalándolo de forma restringida: cuando actúe en régimen de Derecho privado, circunstancia que sólo se produce en el caso de las Entidades públicas Empresariales y en determinados entes autonómicos apátridas. En este sentido, el artículo 5.1 señala que “las administraciones públicas, cuando actúen en el marco de una relación de consumo, solo serán consideradas como empresa *cuando presten un servicio o suministren un producto o un bien en el mercado y en régimen de derecho privado*”. Ahora bien, el precepto añade una cualificada excepción: “las administraciones públicas en ningún caso tendrán la consideración de empresa cuando la prestación de un servicio o el suministro de un producto se realice a consecuencia de su función de fomento, en la realización de una actividad regulada o dentro de un programa público en el ejercicio de sus competencias”. Por ello, la actividad sanitaria, en tanto que actividad competencial de servicio público quedaría directamente excluida.

Por su parte, la Ley del País Vasco 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarias, en su artículo 3 *in fine*, al definir a las personas consumidoras y usuarias, se refiere al proveedor como “una empresa, profesional o *la propia Administración cuando preste*

del comercio minorista, estén incluidas en su ámbito de aplicación. 3. Igualmente, se considerará que, en todo caso, una persona actúa como empresa cuando sus actos estén sometidos a un régimen fiscal propio del ámbito empresarial o así se declaren. 4. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, también se considerará que una persona actúa como empresa cuando su actividad se incardine en la descripción del apartado 1 del presente artículo, aunque los actos realizados se declaren como sometidos a un régimen fiscal ajeno al ámbito empresarial”.

servicios o suministre productos en régimen de derecho privado”⁴²⁹. En igual medida la Ley del Principado de Asturias 11/2002, de 2 de diciembre, de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 2.3 establece que “a los efectos de los apartados anteriores, la Administración Pública sólo será considerada proveedor *cuando preste un servicio o suministre un producto o bien en régimen de derecho privado*”.

También la Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, carecía de referencia alguna a la materia pero su artículo 2.2, introducido por la Ley 14/2001, 26 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, muestra la preocupación del legislador autonómico de restringir la condición de la Administración como empresario a los servicios prestados en régimen de Derecho privado. En tal sentido señala que “a efectos de lo dispuesto en el apartado anterior sólo se considerará que las entidades públicas producen, facilitan, suministran o expiden bienes, productos, servicios, actividades o funciones a los consumidores *cuando ejerzan la actividad en régimen de derecho privado*”. Idéntica precaución emplea Navarra en la Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuando, al definir en el artículo 2.1 que se entiende por consumidores y usuarios, exige que la contraparte “ostente la condición de empresario o profesional, con independencia de su naturaleza privada o pública siempre que, en este último caso, desarrolle su actividad empresarial o profesional *en régimen de derecho privado*”.

⁴²⁹ Desde esta perspectiva, el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) estaría incluido en su condición de ente de Derecho público regido por el Derecho privado.

2.4.2.c) Exégesis

Podemos observar de este modo, cómo las soluciones resultan dispares. En todo caso de lo que se trata es de determinar si el servicio público es susceptible de quedar sometido a la disciplina de defensa del consumidor y si su usuario, amén de ciudadano, resulta adornado de un título jurídico adicional que le permite, por adición, incrementar su espectro de derechos y garantías frente al prestador.

Han sido apuntados como ejemplos de la aplicación del TRLGDCU a cualquier entidad pública los artículos 80 y 81 TRLGDCU⁴³⁰. En materia de condiciones generales de la contratación hay continuas referencias al sector público refiriéndose a “Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes” (artículo 80.1 TRLGDCU, que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, “en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes”); a Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles (respecto de los que el artículo 81.2 2. establece que “en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores y usuarios en los asuntos propios de su especialidad y competencia”); y el artículo 81.3 referido a cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen “las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos”. Sin embargo, la única referencia relevante es la primera. En efecto, los Notarios y Registradores, empero su condición de funcionarios en sentido amplio y de prestar un servicio público, no son propiamente agentes de la

⁴³⁰ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 4. Concepto de empresario”, ob.cit., p. 102.

Administración pública. Tampoco son Administración pública lógicamente ni las empresas públicas (sociedades mercantiles de capital público) ni las empresas concesionarias de servicios públicos. Quedaría pues como precepto relevante el artículo 80.1 –que sí se refiere de forma expresa a las Administraciones públicas- pero tampoco constituye una referencia dado que habla de “contratos con consumidores y usuarios”. Resulta en este sentido evidente que cuando hablamos de servicio público sanitario el título jurídico de acceso no es el contrato sino el aseguramiento público, de modo que éste tampoco puede ser un argumento favorable a la inclusión de la Administración pública⁴³¹.

Creemos, por ello, que, al menos de *lege ferenda*, la argumentación debe encontrarse en otros motivos. Y el fundamental no es otro que, sentado que el servicio público prestado en régimen de Derecho privado se encuentra en todo caso incluido en el concepto de empresario, en línea de principio, carece de sentido postular que al servicio público sanitario, cuando se preste en régimen de Derecho público, no se le apliquen las mismas garantías que necesariamente deben resultar satisfechas cuando el prestador público actúa en régimen de Derecho privado, especialmente teniendo en cuenta el principio de protección preferente del artículo 9 TRLGDCU. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, tanto en un caso como en otro, la actividad desarrollada constituye un servicio público objetivo⁴³².

⁴³¹ De hecho, pese a que el artículo 2.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación entiende por “profesional” a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, “ya sea pública o privada”, su artículo 4 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos administrativos.

⁴³² FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, nº 18, 2003, p. 13, distingue un doble significado de servicio público, como “servicio público subjetivo”, vinculado a la titularidad pública de la actividad y a la eliminación de la libertad de empresa, y como

Por otra parte, *de lege data*, la limitación autonómica a la Administración pública en régimen de derecho privado, resulta contraria a la dicción literal del artículo 4 TRLGDCU y de las directivas comunitarias antes expuestas que no efectúan matiz alguno de modo que donde la norma no distingue, no cabe diferenciar. A mayor abundamiento debemos destacar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido aplicando pacíficamente el régimen de responsabilidad por daños causados por los aspectos funcionales del servicio previsto en el actual art. 148 LGDCU (antiguo artículo 28 LGDCU) tanto cuando la Administración pública ha actuado en régimen de Derecho público como en régimen de Derecho privado. Todo ello nos lleva a considerar *ultra vires* las disposiciones autonómicas limitativas antes señaladas. Por consiguiente, atendiendo al tenor literal del precepto, la norma acuña un concepto de empresario que va más allá de la configuración mercantil tradicional, ampliándolo a las personas jurídico-públicas. En este ámbito encajaría no sólo la sanidad privada en cuanto actividad empresarial sino también la sanidad pública en su dimensión prestacional, resultando así de aplicación al usuario el régimen de protección jurídica que la norma contiene.

“servicio público objetivo, compartido o concurrente”, referido a aquellas actividades cuya declaración como servicio público no conlleva el monopolio de la titularidad de la actividad en favor de la Administración, aunque la declaración suponga que la actividad deba estar en todo momento garantizada por el Estado. El servicio público sanitario sería, desde esta perspectiva un servicio público objetivo, dado que no existe una reserva estatal de la actividad sanitaria. En todo caso, como consecuencia de la asunción del Derecho de la Unión Europea, el concepto de servicio público ha sido sustituido por el concepto comunitario de “servicio de interés general” (RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Servicio público y Derecho comunitario europeo”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 31, 2005, p.398).

2.5.- El prestador de servicios sanitarios: concepto y formas de personificación jurídica

2.5.1.- El concepto de prestador de servicios sanitarios

Como antes señalábamos refiriéndonos a la categoría de “proveedor” propia del Derecho de Consumo latinoamericano, estimamos útil la construcción de una denominación *ad hoc* que sustituya el término “empresario” a efectos de la defensa de los consumidores y usuarios en la medida en que dicho sujeto es mucho más amplio que el tradicional sujeto jurídico-mercantil. Así las cosas, en el ámbito de los servicios entendemos que el concepto de prestador tiene la doble ventaja de su autonomía conceptual respecto de la figura del empresario mercantil y de representar la obligación principal a su cargo, consistente en proporcionar asistencia sanitaria. Dicha figura lógicamente se diferencia del productor o fabricante de medicamentos y productos sanitarios a la que hemos hecho referencia con anterioridad, todo ello sin perjuicio de que será necesariamente abordada cuando examinemos la responsabilidad por daños causados por medicamentos o productos sanitarios defectuosos.

En este sentido, el otro gran sujeto de la relación jurídica de consumo es el prestador de servicios sanitarios, sea público o privado. La condición de prestador puede derivar de diferentes tipos de contratos. Así, en primer término, del contrato de servicios médicos, cuando se concierta exclusivamente la asistencia sanitaria, y del contrato de clínica u hospitalización cuando, además de los servicios médico-quirúrgicos, se ponen a disposición del usuario los servicios extramédicos o paramédicos. Pero también cabe asumir tal posición en la relación jurídica en calidad de asegurador de la asistencia sanitaria siempre que la modalidad contratada sea la de seguro de prestación de servicios médico-quirúrgicos y no el denominado seguro de reembolso. Además deberá tenerse en cuenta que,

salvo en el caso del seguro de asistencia sanitaria -formalmente contrato típico aun con una escuetísima regulación-, también suelen producirse supuestos mixtos en los que a las prestaciones tradicionales de servicios asistenciales *stricto sensu* se añaden otras accesorias como la prescripción y dispensación de fármacos por el propio prestador⁴³³ u otras en materia de hospedaje, alojamiento y manutención. Por todo ello, cuando nos referimos ahora al prestador de servicios sanitarios, lo hacemos *lato sensu*, esto es, en sentido deliberadamente amplio como categoría omnicomprensiva de cualesquiera prestaciones, tanto las obligaciones principales de hacer como las accesorias de dar, que tienen como finalidad última el diagnóstico y tratamiento del usuario, también en sentido amplio, de servicios sanitarios⁴³⁴. Dicho concepto se formula como categoría más adecuada para aprehender de forma integral la asistencia sanitaria, que no es sólo una actividad (*facere*) sino que también puede incluir como prestación conexa y accesoria un *dare* (v.gr. medicamentos, productos sanitarios, manutención) directamente vinculado a la causa del

⁴³³ Piénsese que en los procesos de hospitalización se entremezclan obligaciones de hacer y obligaciones de dar en la medida en que la dispensación de medicamentos no se hace en oficinas de farmacia sino a través del denominado servicio de farmacia hospitalaria, previa prescripción del facultativo. En este sentido el artículo 84.1 TRLM prevé específicamente que, sin perjuicio de la responsabilidad que todos los profesionales sanitarios tienen en el uso racional de los medicamentos, los hospitales deberán disponer de servicios o unidades de farmacia hospitalaria con arreglo a las condiciones mínimas establecidas por dichas ley. Además los hospitales del más alto nivel y aquellos otros que se determinen deberán disponer de servicios o unidades de farmacología Clínica.

⁴³⁴ En este sentido, el concepto que luce en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil al que luego se hará referencia es más estricto. El Anteproyecto en su artículo 533-1, apartado 1 señala que “por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado”.

contrato. En este sentido, *de lege data*, encontramos argumentos adicionales que justifican sobradamente el tratamiento conjunto de la prestación de servicios sanitarios. Así, la Directiva 2011/83 (artículo 3.3.b), excluye de su ámbito de aplicación los contratos de asistencia sanitaria “tal como se define en el artículo 3, letra a) de la Directiva 2011/24/UE con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias”. En este sentido, el artículo 3 de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, emplea expresamente el término de “*prestador de asistencia sanitaria*” y lo define (apartado g) como “toda persona física o jurídica que dispense legalmente *asistencia sanitaria* en el territorio de un Estado miembro”. Por su parte, como se pudo antes ver en relación con el concepto de usuario de servicios sanitarios, el concepto de asistencia sanitaria del artículo 3.a) resulta amplio, identificándose con “los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, *incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios*”⁴³⁵.

En todo caso téngase en cuenta que, cuando la prestación sanitaria se efectúe a distancia, no podrá de *lege data* ser concebida como contrato de consumo. En este sentido, el artículo 93.b) excluye los contratos de

⁴³⁵ Posteriormente veremos que la transposición española no se efectuó de forma mimética a la diseñada en la Directiva 2011/83 en la medida en que la exclusión de “los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias” (artículo 93.b TRLGDCU) sólo se hace respecto de la disciplina de los contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, lo cual, en cualquier caso, plantea no pocos problemas de desprotección.

asistencia sanitaria de la regulación del TRLGDCU relativo a los contratos a distancia, situación que provoca que, paradójicamente realidades como la telemedicina⁴³⁶ o los análisis genéticos directos al consumidor⁴³⁷ hayan quedado huérfanos de protección específica, quedando sometidos, sin más a la Ley 34/2002, norma que, como sabemos es de aplicación tanto a las relaciones horizontales (B2B) como a las verticales (B2C)⁴³⁸.

⁴³⁶ En relación con la aplicabilidad de la Ley 34/2002 a los supuestos de telemedicina, cfr. CÁRCAR BENITO, Jesús Esteban, "Telemedicina y el contrato electrónico para los servicios de los profesionales sanitarios", *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario, pp. 240-253; MARTÍNEZ ZAPORTA, Elena, "Telemedicina y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria", *Derecho y Salud*, Vol. 16, nº1, 2008, pp. 109-133; La telemedicina también plantea importantes problemas en relación con la intimidad de los datos de los pacientes: vid. SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Telemedicina y protección de datos sanitarios*, Comares, Granada, 2002; SÁNCHEZ LOSADA, Juan Antonio, *Aspectos éticos y médico-legales en la telemedicina: la consulta médica telefónica*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011;

⁴³⁷ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico "Test genéticos directos al consumidor y límites al principio de autonomía", *Derecho y Salud*, Vol. 25 Extraordinario, pp.34-50. MINOR, Jessica, *Informed consent in predictive genetic testing. A revised model*, Springer, Switzerland, 2015.

⁴³⁸ La problemática que plantea la telemedicina como prestación de servicios, no ha sido ajena al debate y estudio institucional. Así la puede verse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo el Comité de las Regiones "La telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad" de 4 de noviembre de 2008 (COM/2008/0689 final) que define la telemedicina como la prestación de servicios de asistencia sanitaria por medio de las TIC en situaciones en que el profesional sanitario y el paciente (o dos profesionales sanitarios) se encuentran en lugares diferentes. En este sentido, aclara que la telemedicina implica la transmisión segura de datos e información médica a través de texto, sonido, imágenes u otras formas necesarias para la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la vigilancia del paciente. También señala que abarca una amplia variedad de servicios (teleradiología, telepatología, teledermatología, teleconsulta, televigilancia, telecirugía o teleoftalmología). Otros servicios posibles son los servicios electrónicos de información, los centros de información en línea para pacientes, las consultas/visitas electrónicas a distancia y las videoconferencias entre profesionales sanitarios. Sin embargo, no se consideran servicios de telemedicina, a los efectos de la Comunicación, los portales de información

Resta señalar que nos referimos en todo caso a un concepto jurídico y no material de prestador, es decir, reservamos el término a la persona física o jurídica, titular de los derechos y obligaciones contractuales que se contraen frente al usuario de servicios sanitarios, con independencia de quien resulte en cada caso el facultativo prestador material o de hecho de la asistencia sanitaria. Esta distinción, que resulta clara desde el punto de vista conceptual, no lo es tanto a efectos de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria en la medida en que los tribunales, con la finalidad de garantizar en todo caso la efectiva indemnización del daño, han permitido según los casos y aplicando la doctrina de la unidad de culpa civil, la convivencia de la responsabilidad del prestador jurídico (v.gr. titular del centro sanitario o aseguradora en los supuestos de seguro de prestación) y del prestador material-facultativo, que responde a través de su seguro obligatorio de responsabilidad civil⁴³⁹.

sobre la salud, los sistemas electrónicos de historiales médicos, la transmisión electrónica de recetas ni la remisión electrónica de pacientes. También en el ámbito nacional, desde el punto de vista parlamentario, puede también consultarse la ponencia de estudio constituida en el Senado (Boletín Oficial de las Cortes Generales- Senado, nº 283 de 11 de diciembre de 2013). En cualquier caso, desde la perspectiva jurídico-positiva, la única referencia actual es la mención a la telemedicina como prestación susceptible de ser prestada en régimen transfronterizo en la Directiva 24/2011 [artículo 3.d) y 7.7] y en su norma de transposición: el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza [artículo 3.5].

⁴³⁹ Para el ejercicio de una profesión sanitaria es requisito imprescindible tener suscrito y vigente un seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera, sean de protección personal o colectiva, que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de la responsabilidad profesional por un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios cuando se ejerza la profesión en el ámbito de la asistencia sanitaria privada [artículo 4.8.e) LOPS]. Más específicamente, para el sector asistencial privado, el artículo 46 LOPS exige que los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las

2.5.2.- El prestador de servicios sanitarios como persona física

Una vez sentadas las anteriores categorías, cabe subrayar que el prestador de servicios sanitarios puede adoptar múltiples formas jurídicas. En este sentido, puede resultar en primer término un prestador-persona física que desarrolla directamente el servicio como profesional liberal a través del tradicional contrato de servicios médicos. En este sentido la diferencia entre profesión y oficio aparece claramente delimitada en la exposición de motivos de la LOPS a través de tres notas fundamentales: “formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio”. Por ello dicha ley reconoce como profesiones sanitarias aquellas que la normativa universitaria reconoce como titulaciones del ámbito de la salud, y que en la actualidad gozan de una organización colegial reconocida por los poderes públicos⁴⁴⁰.

indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, determinarán las condiciones esenciales del aseguramiento, con la participación de los profesionales y del resto de los agentes del sector. Además, en el supuesto de profesiones colegiadas, los colegios profesionales podrán adoptar las medidas necesarias para facilitar a sus colegiados el cumplimiento de esta obligación.

⁴⁴⁰ El artículo 2.2 LOPS estructura las profesiones sanitarias en dos grupos: a) Nivel Licenciado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Licenciado en Medicina, en Farmacia, en Odontología y en Veterinaria y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para Licenciados a que se refiere el título II de esta ley. b) Nivel Diplomado: las profesiones para cuyo ejercicio habilitan los títulos de Diplomado en Enfermería, en Fisioterapia, en Terapia Ocupacional, en Podología, en Óptica y Optometría, en Logopedia y en Nutrición Humana y Dietética y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para tales Diplomados a que se refiere el título II de esta ley. No obstante debe tenerse en cuenta la necesidad de modificación de dicho precepto a los efectos de su adaptación al Espacio Europeo de Educación Superior que suprime los títulos de diplomado y licenciado para sustituirlos por los de grado y máster. En todo caso, téngase en cuenta que el Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre, fija el procedimiento para la determinación de la correspondencia de nivel del Marco

La LOPS en su artículo 40 es extraordinariamente flexible en relación con la configuración contractual de la actividad asistencial, señalando, con carácter general, que “en el ámbito de la sanidad privada, los profesionales sanitarios podrán ejercer su actividad por cuenta propia o ajena”, añadiendo a continuación que “la prestación de servicios por cuenta propia o ajena podrá efectuarse mediante cualquiera de las formas contractuales previstas en el ordenamiento jurídico”. Atendiendo a esa amplia libertad de configuración del ejercicio profesional médico, a efectos de nuestro objeto de estudio, conviene delimitar la figura del prestador-profesional liberal de aquellos que atienden al paciente como consecuencia de una relación laboral o mercantil con el prestador jurídico⁴⁴¹. En este punto se pueden producir las siguientes posibilidades:

a) que el facultativo desarrolle la asistencia en virtud de vínculo contractual directo con el paciente, en cuyo caso estaría actuando como prestador ligado al usuario por un específico contrato que puede convivir o

Español de Cualificaciones para la Educación Superior de los títulos del Catálogo de Títulos Universitarios Oficiales. Así, por citar las titulaciones sanitarias más significativas, el título de Licenciado en Medicina se equipara con el nivel de máster (nivel 3 del MECES) [Resolución de 21 de julio de 2015, de la Dirección General de Política Universitaria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de julio de 2015, BOE nº 196 de 12 de agosto de 2015]. El título de Licenciado en Farmacia se equipara también con el nivel de máster (nivel 3 del MECES) [Resolución de 14 de septiembre de 2015, de la Dirección General de Política Universitaria, BOE nº 236 2 de octubre de 2015] y el título de Diplomado en Enfermería con el nivel de grado (nivel 2 del MECES) [Resolución de 30 de octubre de 2015, de la Dirección General de Política Universitaria, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de octubre de 2015, BOE nº 286 30 de noviembre de 2015]. Téngase en cuenta que, pese a su engañosa denominación, no son “profesionales sanitarios” los denominados “profesionales del área sanitaria de formación profesional”, señalados en el artículo 3 por lo que no podrían integrar una sociedad profesional ni ser considerados profesionales liberales.

⁴⁴¹ Dejamos fuera por superar el ámbito de este trabajo la posibilidad de ejercicio profesional como personal al servicio de las Administraciones públicas que se rige por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

no con un contrato de seguro de reembolso o con un contrato básico de clínica (en ambos casos no incluyen la prestación de asistencia sanitaria). Dicha prestación podrá ser desarrollada en un local propio o arrendado, en cuyo caso nos encontramos ante un arrendamiento de establecimiento mercantil⁴⁴².

b) que el facultativo desarrolle su actividad asistencial en virtud de un contrato que le liga no al usuario sino al verdadero prestador jurídico de servicios sanitarios. Dicho contrato puede ser laboral por cuenta ajena (contrato de trabajo) o mercantil por cuenta propia (contrato de arrendamiento de servicios)⁴⁴³. Este supuesto se da en los contratos integrales de clínica u hospitalización y en los contratos de seguro de prestación de servicios médico-quirúrgicos en los que la aseguradora tiene un cuadro de facultativos disponible para el paciente. No obstante, en esta segunda situación en la que los facultativos prestan sus servicios en régimen privado, sea o no laboral, desempeñando sus funciones en el marco de centros de trabajo ajenos, resulta compleja la distinción entre unos y otros, no sólo a efectos de la calificación jurídica de la naturaleza del vínculo -dada la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁴⁴- sino también en materia de exigencia de

⁴⁴² Se trata de las clásicas consultas médicas, supuesto cada vez con menor peso en el ejercicio profesional pero que todavía se encuentra vigente. Respecto de ellas el artículo 45.1 LOPS señala que 1. Las consultas profesionales deberán cumplir los requisitos de autorización y acreditación que, atendiendo a las específicas características de las mismas, determinen los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

⁴⁴³ Les resultará de aplicación la disciplina de trabajo autónomo prevista en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, que resulta será de aplicación “a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena” (artículo 1.1).

⁴⁴⁴ En efecto, como señala la doctrina laboralista “el hecho de prestar servicios médicos en un establecimiento sanitario, propiedad de una compañía aseguradora o de una sociedad médica, no dicen nada en cuanto a la

responsabilidad civil al verdadero prestador jurídico -en la medida en que los tribunales, como luego veremos cuando estudiemos los criterios de imputación a las entidades aseguradoras, no sólo emplean el criterio de estricta dependencia laboral, sino que los combinan con otros con carácter alternativo o concurrente.

Dibujadas las diferentes posibilidades, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento argentino donde aparecen directamente excluidos del concepto de prestador (allí denominado proveedor), los profesionales liberales participan plenamente de la condición de sujetos frente a los que opera la tutela del consumidor por lo que entablan con el usuario una relación jurídica de consumo. Por ello, en línea de principio, en el caso de la prestación de servicios sanitarios en el ámbito privado y de forma estrictamente individual, responderán, en los términos del artículo 1.911 CC, con todos sus bienes presentes y futuros, sin perjuicio de la obligatoriedad de aseguramiento de su responsabilidad civil [artículos 4.8.e) y 46 LOPS].

2.5.3.- El prestador de servicios sanitarios como persona jurídica

Como hemos dicho la relación jurídica de consumo también la pueda trabar una persona jurídica pública o privada. En este sentido, tratándose de *prestadores de titularidad pública* hemos de diferenciar entre

naturaleza de la relación que vincula al profesional con la entidad, que puede ser laboral o mercantil. No hay duda, en cuanto a la no laboralidad del vínculo, en el caso de las consultas médicas arrendadas por los establecimientos sanitarios a los propios profesionales, y por supuesto en el caso de las consultas médicas de las que son titulares esos profesionales. La frontera, en tantas ocasiones difusa, entre relaciones laborales y no laborales, se resiste a ser objeto de una interpretación terminante y definitiva, a causa de la multiplicidad de supuestos que plantea la práctica. En consecuencia, aun no se han alcanzado, y no es fácil que se alcancen, criterios de distinción absolutamente seguros (MONTROYA MELGAR, Alfredo, "Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 83, p.179).

aquellos que tienen la consideración de Administraciones públicas de otros sometidos al Derecho Privado como las fundaciones públicas sanitarias, las fundaciones privadas en mano pública, las sociedades mercantiles públicas y los consorcios. En efecto, también forman parte del Sistema Nacional de Salud los centros personificados bajo alguna de las formas de Derecho Privado, vinculados o dependientes de las Administraciones públicas⁴⁴⁵. No obstante, debe tenerse en cuenta que la titularidad formal no es determinante para la calificación jurídica del prestador toda vez que incluso los centros de titularidad privada pero concertados con las Administraciones públicas deben prestar el servicio sanitario con las

⁴⁴⁵ De acuerdo con el artículo 84.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, integran el mismo, entre otras entidades las sociedades mercantiles estatales, los consorcios y las fundaciones del sector público. El régimen jurídico de las sociedades mercantiles estatales se encuentra contenido en los artículos 111 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en el artículo 166.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En el caso de las fundaciones, se encuentran contempladas en los artículos 128 y siguientes de la Ley 40/2015. Finalmente, los consorcios aparecen previstos en los 118 artículos de la Ley 40/2015. Sentado lo anterior, cabe recordar que la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud permite que “en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o socio-sanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho” (artículo 1.1). En desarrollo de la facultad concedida al Gobierno, la Ley ha sido objeto de desarrollo mediante Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, que permite la gestión del SNS mediante cuatro fórmulas organizativas: dos personificaciones de derecho público (consorcios y fundaciones públicas sanitarias, que en realidad equivalen a entidades públicas empresariales –concepto diferente del de empresa o sociedad pública-) y dos de Derecho Privado pero de titularidad pública (fundaciones privadas en mano pública y sociedades mercantiles estatales). Para el estudio sobre las nuevas formas de gestión, puede consultarse la monografía de DOMINGUEZ MARTÍN, Mónica, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2006.

mismas garantías que los centros de titularidad pública⁴⁴⁶. En este sentido, no podemos entrar en el presente trabajo a abordar la prestación de servicios sanitarios por Administraciones públicas pero sí queremos dejar constancia de su condición de sujetos frente a los que opera la tutela de la disciplina en materia de consumo.

En cuanto al *prestador sanitario como persona jurídica privada*, caben distintas formas de desarrollo del servicio sanitario. En todo caso, conviene no perder de vista que en todas ellas para que podamos hablar de prestador como sujeto de la relación jurídica de consumo resulta preciso, insistimos, que medie vínculo contractual directo con el usuario. Lógicamente tendríamos una primera posibilidad de personificación a través de fórmulas societarias tradicionales tanto personalistas (sociedad colectiva y comanditaria) como capitalistas (sociedad anónima y sociedad de responsabilidad limitada), que no presentan especialidad alguna en el ámbito sanitario en relación con su régimen general, con las salvedades que a continuación veremos en relación con la imperatividad de la Ley de Sociedades Profesionales. Por ello, interesa analizar más detalladamente determinadas fórmulas de ejercicio colectivo que permiten una particular articulación subjetiva de la prestación de servicios asistenciales. Se trataría del caso de las sociedades de profesionales sanitarios y de las cooperativas sanitarias, como prestadoras y de las agrupaciones de interés económico, como herramienta consorcial auxiliar, fórmulas jurídicas que pasamos a exponer. En todo caso, téngase en cuenta que el deber de aseguramiento de la responsabilidad civil antes señalado para el prestador individual,

⁴⁴⁶ Así, el artículo 90.6 LGS establece que en cada concierto que se establezca, además de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes, quedará asegurado que la atención sanitaria que se preste a los usuarios afectados por el concierto será la misma para todos, sin otras diferencias que las sanitarias inherentes a la naturaleza propia de los distintos procesos sanitarios.

resulta extensible igualmente al prestador-persona jurídica, de modo que se exige seguro de responsabilidad, aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de servicios sanitarios⁴⁴⁷ [artículo 46 LOPS].

2.6.- Las sociedades de profesionales sanitarios

2.6.1.- Función económica en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios

Tradicionalmente, en el ámbito de la sanidad privada, los profesionales sanitarios actuaban individualmente en su propia clínica, desarrollando así la práctica médica en su vertiente de profesión liberal. Sin embargo, la evolución de las actividades profesionales, entre ellas la sanitaria, ha dado lugar a que la actuación aislada del profesional se vea sustituida por una labor de equipo que tiene su origen en la creciente complejidad de estas actividades y en las ventajas que derivan de la especialización y división del trabajo. Así, las organizaciones colectivas que operan en el ámbito de los servicios profesionales han ido adquiriendo una creciente difusión, escala y complejidad, con acusada tendencia en tiempos recientes a organizar el ejercicio de las profesiones colegiadas por

⁴⁴⁷ A diferencia de su artículo 4.8.e), el párrafo primero del artículo 46 LOPS menciona específicamente a las personas jurídicas (“los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, *así como las personas jurídicas* o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios). Véase la redundancia de citar de forma cumulativa *personas jurídicas* o *entidades de titularidad privada*, a salvo que la precisión resulte predicable de los entes carentes de personalidad jurídica que puedan actuar como operadores del mercado.

medio de sociedades. Es por ello que actualmente la prestación de servicios sanitarios en el ámbito privado ha pasado de realizarse de forma individual a desarrollarse en el seno de una comunidad de profesionales, debido a las ventajas de este ejercicio colectivo. La agrupación de profesionales sanitarios implica una serie de ventajas que les sitúan en una mejor posición competitiva frente a los profesionales que actúan individualmente, siendo las mismas parte de la clave de su éxito. Asimismo, el desarrollo tecnológico, además de contribuir a la aparición de nuevas especialidades - particularmente en el ámbito médico (radiólogos, anestelistas...) – implica un incremento de los costes asociados a la prestación profesional. Este aumento de costes se produce tanto a consecuencia del progreso científico y técnico que hace que aumente el capital físico (maquinaria, instrumental tecnológico de rápida obsolescencia, ordenadores, salas de espera, archivo y documentación clínica...), como debido a los medios auxiliares de carácter personal (enfermeras, auxiliares de enfermería, limpiadores...). Por eso, la agrupación de profesionales permite llegar a economías de escala que reducen esta situación, disminuyendo el coste del servicio debido al aumento del volumen de prestación del mismo. De esta forma se puede optimizar la utilización de estos activos fijos, reduciendo el coste del servicio al aumentar el volumen de prestación del mismo⁴⁴⁸.

2.6.2.- Antecedentes regulatorios

Así las cosas, antes de la promulgación de la LSP de 2007, no existían en nuestro país antecedentes legislativos que regularan las sociedades profesionales y su responsabilidad de manera general, salvo

⁴⁴⁸ Cfr. CAMPINS VARGAS, Aurora, “Racionalidad económica de las sociedades profesionales”, *InDret*, nº1, 2001, pp 1-2.

algunas alusiones que se establecían en determinados ámbitos⁴⁴⁹. Consciente de las ventajas del régimen consorcial, cierto sector de la doctrina defendía ya a principios de los años noventa la necesidad de un marco legislativo específico para las sociedades profesionales liberales, permitiendo una legislación homogénea en esta materia, justificada en las propias particularidades de estas sociedades en las que se deben tener en cuenta los intereses de los profesionales liberales, la obtención de garantías suficientes para aquellos que contraten con las mismas, su responsabilidad patrimonial así como su necesario control, más allá del orden estrictamente fiscal⁴⁵⁰. Mientras se insistía en la necesidad de aprobar una nueva legislación al respecto, los colegios profesionales trataban de integrar las evidentes lagunas normativas. Así, a título de ejemplo, es de obligada referencia el Estatuto General de la Abogacía, aprobado mediante Real Decreto 658/2001, de 22 de junio (EGA), que concibe los despachos colectivos como auténticas sociedades profesionales y anticipa, como luego veremos, los principios de la posterior regulación de la responsabilidad en la Ley de Sociedades Profesionales⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ Los Colegios Profesionales, en sus Estatutos y en sus Códigos de conducta, si aludían a esta cuestión. Concretamente, en el ámbito médico, el artículo 35.2 del Código de Ética y Deontología Médica en España determina que *“sin perjuicio de las posibles responsabilidades subsidiarias, la responsabilidad individual del médico no desaparece ni se diluye por el hecho de trabajar en equipo”*.

⁴⁵⁰ ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor J.L. Lacruz Berdejo*, tomo I, Bosch, 1992, pp. 22 y 23.

⁴⁵¹ Su artículo 28.7 dispone que *“la responsabilidad civil que pudiese tener el despacho colectivo será conforme al régimen jurídico general que corresponda a la forma de agrupación utilizada. Además, todos los abogados que hayan intervenido en un asunto responderán civilmente frente al cliente con carácter personal, solidario e ilimitado”*. CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales” en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen y GARCÍA PÉREZ, Rosa, *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales Régimen Fiscal y Corporativo*, Aranzadi,

Ante la ausencia de legislación específica al respecto, el sistema de responsabilidad por los daños causados por varios agentes fue objeto de elaboración jurisprudencial con la particularidad de que, pese al principio de no presunción de solidaridad del artículo 1.138 CC, los tribunales, con carácter general y en el ámbito sanitario en particular⁴⁵², venían consagrando un régimen de solidaridad en caso de participación de varios profesionales o entidades causantes del daño⁴⁵³. Lo cierto es que la aprobación de la LSP, a pesar de haber sido reivindicada durante mucho tiempo por los colegios profesionales y vista con ciertos recelos que ahora no resulta posible glosar, supuso la implantación de un nuevo marco legal

2013, pp. 520-523, señala que mientras en el EGA se consagra la responsabilidad como ilimitada, en la LSP no se consagra ese carácter ilimitado, tal vez para evitar interpretaciones innecesarias sobre la limitación del *quantum* de responsabilidad profesional mediante pacto, forma en que en ocasiones es interpretado el carácter ilimitado de la responsabilidad. La doctrina cuestionó esta regulación por entender que un Real Decreto no es el marco jurídico correcto para tratar temas que deben ser regulados mediante ley, de conformidad con las exigencias de la norma constitucional. Así, CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales”...., ob.cit, p. 524 señala que es fundamental delimitar el ámbito de actuación permitida a los Colegios Profesionales en virtud de la habilitación del artículo 36 CE, para evitar potenciales extralimitaciones.

⁴⁵² Concretamente, dentro del ámbito sanitario, las STS de 12 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2146) y STS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066) son sólo algunos ejemplos de la jurisprudencia del Alto Tribunal que confirman la condena solidaria de los profesionales sanitarios, del cirujano y anestesista, en el primer caso, y del médico toco-ginecólogo y de la comadrona, en el segundo.

⁴⁵³ Esta consagración de la solidaridad por vía jurisprudencial fue fuertemente criticada en su sector doctrinal pues, en palabras de YZQUIERDO TOLSADA “no existen argumentos – fuera de la pura equidad – que permitan sostenerla en nuestro derecho. Se trata, por así decirlo, de una solución justa, pero no jurídica, de una interpretación correctora de los textos legales, de un juego de la equidad excesivo y prohibido (si a lo dispuesto en el artículo 3.2 CC, nos atenemos) y, en definitiva, de una de las más perturbadoras – y ficticias – diferencias que una práctica viciosa ha pretendido introducir entre el terreno de la responsabilidad contractual y el de la extracontractual YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº 71, 2009, pp. 15- 17.

en la materia, hasta entonces desregulada y que ha sido acogido favorablemente en el ámbito sanitario⁴⁵⁴.

2.6.3.- Caracterización. Especial referencia a las profesiones sanitarias

Constatada la tendencia hacia la constitución y organización del ejercicio de las profesiones colegiadas en torno a figuras societarias, el reconocimiento legal de las sociedades profesionales se efectúa mediante LSP, que tiene por objeto posibilitar la aparición de un nuevo tipo de profesional colegiado, que es la propia sociedad profesional, mediante su constitución con arreglo a dicha Ley y su ulterior inscripción en el Registro de Sociedades Profesionales del Colegio Profesional correspondiente. En este sentido, el artículo 1.1 LSP establece con carácter imperativo que “las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional *deberán* constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley”. Por tanto, los

⁴⁵⁴ El “éxito” de la sociedades profesionales como fórmula societaria ha llevado incluso a algún legislador autonómico a concederlas preferencia en la gestión indirecta del servicio público sanitario. Tal es el caso del artículo 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid, que modifica el artículo 88 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid para establecer establece que cuando la gestión de los centros de atención primaria se realice por cualquiera de las formas de gestión indirectas previstas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público “podrá ofrecerse la gestión de los centros preferentemente a las *sociedades de profesionales* con personalidad jurídica propia, que estén constituidas total o mayoritariamente por los profesionales sanitarios que presten sus servicios en el Servicio Madrileño de Salud, con la finalidad de promover un mayor grado de implicación de los profesionales en el proceso de desarrollo racionalización y optimización del sistema sanitario público madrileño”. Si bien tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo han puesto de manifiesto -en STC 37/1994, de 10 de febrero (RTC 1994, 37) y STS 20 diciembre de 2005 (RJ 2006,4212) respectivamente- que la naturaleza pública del Sistema Nacional de Salud no resulta incompatible con la susceptibilidad de gestión indirecta, la STC 84/2015, de 30 de abril (RTC 2015, 84) ha declarado nula tal previsión preferencial por producir *un efecto claro e insalvable de exclusión de los licitadores, nacionales o extranjeros*.

profesionales sanitarios cuando decidan ejercer en común una actividad médica en forma societaria deberán necesariamente constituirse en sociedad profesional⁴⁵⁵. En tal caso, tal y como establece el artículo 1.1 *in fine* LSP, será la sociedad profesional, en tanto titular de la relación jurídica establecida con el cliente, el centro de imputación de las relaciones jurídicas desarrolladas por los profesionales sanitarios médicos que la componen. Esta característica la diferencia en su naturaleza de las *sociedades de medios*, que tienen por objeto compartir infraestructura y distribuir sus costes; *de las sociedades de comunicación de ganancias*, que simplemente persiguen distribuir los resultados económicos prósperos y adversos, y de las *sociedades de intermediación*, que sirven de canalización o comunicación entre el usuario-cliente, con quien mantienen la titularidad de la relación jurídica, y el profesional-persona física que desarrolla efectivamente la actividad profesional, vinculado a la sociedad por cualquier título societario, mercantil o laboral. En este último supuesto la finalidad de la sociedad se limita a la provisión y gestión común de los medios necesarios para el ejercicio individual de la profesión, en el sentido

⁴⁵⁵ En relación con el deber de constitución de una sociedad profesional, VERGEZ, Mercedes, “Definición de las sociedades profesionales” en GARCÍA PÉREZ Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p.37, aclara que “con esta determinación no se está excluyendo evidentemente el ejercicio en grupo de la actividad profesional a través de otras formas sociales o asociativas cuando no tenga por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional; pero lo que sí es cierto es que la sociedad profesional tal como ha sido regulada en la Ley se considere o no excesivo es el único vehículo para el ejercicio de la actividad profesional en común, de lo cual debería deducirse que se prohíben aquellas sociedades que teniendo por objeto el ejercicio en común de una actividad profesional no se constituyen como sociedades profesionales; lo que resulta claro si se tiene en cuenta el sentido de la ley, que no es otro que el de imponer ciertas normas que ofrezcan garantías suficientes sobre el ejercicio de la actividad profesional, estableciendo un sistema de control sobre su cumplimiento; y que se eludirían si una sociedad que no se constituye como sociedad profesional ejercitara en común una actividad profesional”.

no de proporcionar directamente al solicitante la prestación que desarrollará el profesional sanitario-persona física, sino simplemente de servir como intermediaria para que sea éste último quien la realice, y también de coordinadora de las diferentes prestaciones específicas seguidas. En este sentido, constituye una práctica común en el ámbito sanitario la creación de sociedades de intermediación que evitan constituirse como sociedades de profesionales. Así las cosas la importante STS de 18 de julio de 2012 (RJ 2012, 8606) ha resaltado los principios fundamentales de la LSP, destacando su *carácter imperativo* derivado del artículo 1.1 (“deberán constituirse”), del artículo 5.1 (al imponer la colegiación de las personas naturales mediante las cuales la sociedad profesional ejerza las actividades profesionales propias de su objeto - “únicamente”-); y, sobre todo, del artículo 11 (que establece un régimen de responsabilidad solidaria de sociedad y profesionales frente a terceros, obligando a la sociedad a estipular el correspondiente seguro de responsabilidad civil⁴⁵⁶), lo que ha obligado a modificar la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Igualmente la sentencia exige “certidumbre jurídica”, manifestando expresamente que “se trata, en suma, de que las sociedades sean lo que parecen y parezcan lo que son, pues ninguna forma mejor hay de garantizar el imperio de la ley y los derechos de los socios y de los terceros que contraten con la sociedad”. Sobre la sentencia, *vid.* PARRAS MARTÍN, Alfonso, “Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, 2013, pp. 431-442.

⁴⁵⁷ Respecto de una primera línea interpretativa en la práctica administrativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado [por todas, *Resolución de la DGRN de 5 de abril de 2011* (RJ 2011, 2867)] consistió en aplicar un criterio teleológico de la LSP en virtud del cual quedarían excluidas del ámbito de aplicación de la misma las denominadas sociedades de servicios profesionales, que tienen por objeto la prestación de tales servicios realizados por profesionales contratados por la sociedad sin que, por tanto, se trate de una actividad promovida en común por los socios mediante la realización de su actividad profesional en el seno de la sociedad. Por ello, concluía que la mera inclusión en el objeto social de actividades profesionales, faltando los demás requisitos o presupuestos tipológicos imprescindibles de la

En cuanto a los presupuestos de la sociedad el artículo 1.1 establece dos requisitos: “actividad profesional” y “ejercicio común”. Respecto del primero de ellos (“*actividad profesional*”), la propia LSP califica como tal “aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional”⁴⁵⁸. Así, dentro de la actividad sanitaria, podrán concurrir

figura societaria profesional, no podía ser considerada como obstativa de la inscripción. Sin embargo, dicha doctrina ha sido modificada a la luz de la STS de 18 de julio de 2012 (RJ 2012, 8606). Así las cosas, la Resolución de la DGRN nº 11851/2013 de 9 octubre de 2013 (RJ 2013, 7847) trata el caso de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada denominada en cuyos estatutos sociales se disponía lo siguiente: “Objeto social. La sociedad tendrá por objeto las siguientes actividades: Prestación de servicios. Actividades de gestión y administración. Servicios educativos, *sanitarios*, de ocio y entretenimiento”. El Registro Mercantil calificó parcialmente de manera negativa, resolviendo no practicar la inscripción de la palabra “*sanitarios*” de los estatutos sociales por ser los servicios sanitarios una actividad profesional tal y como se define en el artículo 1 LSP, por lo que deberá constituirse como sociedad profesional o especificarse que actuará como sociedad de medios o de intermediación. La DGRN sienta la doctrina de que, cuando en su objeto social se haga referencia a aquellas actividades que constituyen el objeto una profesión titulada, a falta de declaración expresa de que estamos en presencia de una sociedad de medios o de comunicación de ganancias o de intermediación, debe entenderse que estamos en presencia de una sociedad profesional sometida a la LSP imperativamente 2/2007, de 15 de marzo. Por ello, frente a la calificación del Registrador, la *Resolución de la DGRN nº 3608/2014 de 4 marzo de 2014* (RJ 2014, 1980) considera correcta la mención que se hace en una sociedad al en el objeto social en los siguientes términos: “Servicios odontológicos: odontología conservadora, endodoncias, extracciones, periodoncia, cirugía implantológica y preprotésica, prótesis fija, prótesis removible, estética dental y métodos de diagnóstico. Si algunas de las actividades incluidas en el objeto social tuvieran o pudieran tener carácter profesional, se entiende que respecto de dichas actividades, la función de la sociedad es la de mediadora o intermediadora en el desempeño de las mismas”. Por ello estima el recurso frente a la negativa registral a inscribir la sociedad limitada.

⁴⁵⁸ Como indica VERGEZ, Mercedes, “Definición de las sociedad profesionales...”, ob.cit., p.42, no basta con el ejercicio de una actividad profesional para que exista sociedad profesional es preciso que la sociedad esté constituida por socios profesionales. No es sociedad profesional, ni tiene ningún reconocimiento legal la que pretenda desarrollar una actividad

licenciados sanitarios o diplomados sanitarios en los términos de la LOPS⁴⁵⁹. Particularmente se suscitaron dudas iniciales respecto a los farmacéuticos, planteándose si podían ser titulares de oficinas de farmacia, sociedades de profesionales no formadas exclusivamente por farmacéuticos titulares o incluso en las que traten de formar solamente farmacéuticos⁴⁶⁰. Sin embargo, la propia LSP en su disposición adicional sexta establece que “sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley, la titularidad de las oficinas de farmacia se regulará por la normativa sanitaria propia que les sea de aplicación”. En este sentido, la regulación sanitaria reserva la propiedad y titularidad a los farmacéuticos personas físicas⁴⁶¹, por lo que las sociedades profesionales no pueden ser titulares de

profesional utilizando solamente el trabajo profesional de personas dependientes, vinculadas a ella por otro tipo de relación ajena a una relación social.

⁴⁵⁹ Como ya señalamos con anterioridad, sin perjuicio de su necesaria adaptación futura al Espacio europeo de educación Superior, se trata de Licenciados en Medicina, en Farmacia, en Odontología y en Veterinaria y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para psicólogos, químicos, biólogos, bioquímicos u otros licenciados universitarios y de Diplomados en Enfermería, en Fisioterapia, en Terapia Ocupacional, en Podología, en Óptica y Optometría, en Logopedia y en Nutrición Humana y Dietética y los títulos oficiales de especialista en Ciencias de la Salud para diplomados [artículo 2.2. en relación con el artículo 6.3 LOPS].

⁴⁶⁰ Sobre la difícil aplicación de la LSP al ámbito farmacéutico ESEVERRI, Ernesto, *“Informe sobre la reciente Ley de Sociedades Profesionales y su relación con el régimen jurídico de las oficinas de farmacia vigente”*, disponible en: http://www.actasanitaria.com/fileset/doc_39849_FICHERO_NOTICIA_42912.pdf, (última consulta el día 5 de noviembre de 2015).

⁴⁶¹ El artículo 103.4 de la Ley 14/1986, de 26 de abril, General de Sanidad, vincula en unidad de título propiedad (civil) y titularidad (administrativa), disponiendo que “sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público”. Del mismo modo, la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia, se refiere en su artículo 1 al “farmacéutico titular-propietario”.

oficinas de farmacia⁴⁶², sin perjuicio de que puedan incorporarse al correspondiente colegio oficial de farmacéuticos.

Conviene también poner de manifiesto que la LSP prevé la posibilidad de creación de las sociedades multidisciplinarias de modo que se podrán ejercer varias actividades profesionales, siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal, todo ello con el objetivo de abarcar la máxima posibilidad de actuación en el mercado. Respecto del segundo requisito (“*ejercicio común*”), también la Ley entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente.

En relación con las opciones de configuración de las sociedades profesionales, el artículo 1.2 LSP determina que las sociedades profesionales pueden constituirse “con arreglo a cualquiera de las formas societarias previstas en las leyes”, rigiéndose por lo dispuesto tanto en la LSP como, supletoriamente, por las normas de la forma social adoptada.

⁴⁶² Resulta clarificadora la Instrucción 1/2008, de 6 de junio, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña sobre la aplicación de la Ley 2/2007, de 15 de marzo de 2007, de sociedades profesionales respecto a los procedimientos de autorización y de transmisión total o parcial de oficinas de farmacia (Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña nº 5166, de 4 de julio de 2008), que indica que “de acuerdo con el marco jurídico actual, la titularidad de la autorización sanitaria de oficinas de farmacia sólo puede corresponder a personas físicas que tengan la licenciatura en farmacia y estén debidamente colegiadas. En consecuencia, las sociedades profesionales reguladas en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, no pueden ser titulares de oficinas de farmacia ni tampoco se puede autorizar la transmisión de la autorización sanitaria de una oficina de farmacia a favor de una sociedad profesional”. En el mismo sentido, Dictamen del Despacho Uría Menéndez realizado por David Blanquer, profesor titular de Derecho Administrativo. Disponible en:

https://www.redfarmaceutica.com/almacen/Plataforma/archivos/875/Dictamen_Ur%C3%ADA_LSP.pdf (última acceso 24 de agosto de 2014).

En este sentido, la doctrina ha entendido tradicionalmente como tipos societarios más adecuados al ejercicio de la actividad profesional, la sociedad civil (artículo 1.678 CC que prevé el ejercicio de profesión o arte como objeto de la misma, contemplando además el artículo 1.670 CC la posibilidad de constituir sociedades civiles en forma mercantil) y la sociedad colectiva al tener ambas la consideración de sociedades personalistas aptas para articular la colaboración personal de los socios⁴⁶³.

⁴⁶³ La doctrina tradicional previa a la LSP venía excluyendo las sociedades de capital como tipo societario apto para configurar la sociedad profesional (por todos, MORENO-LUQUE CASARIEGO, Carmen, *Sociedades profesionales liberales*, Bosch, Barcelona, 1994, p.52. No obstante, VERGEZ, Mercedes, “Definición de las sociedad profesionales...”, ob.cit., p.42, reconoce que “la fuerza que tiene la realidad de los hechos ha quitado importancia a la utilización exclusiva de las sociedades de personas merced a dos consideraciones básicas: la configuración de las instituciones propias del derecho de sociedades con las notas básicas de fungibilidad y polivalencia funcional de manera que los operadores económicos puedan elegir la figura societaria que mejor se adapte a sus fines pudiendo modificar en la medida de lo posible su estatuto legal típico; y el hecho de que aunque las aportaciones de trabajo y de servicios no sean posibles en las sociedades de capital no excluye su prestación a través de las llamadas prestaciones accesorias, incidiendo igualmente sobre la condición de socio de la que pueden constituirse como la causa real de su adquisición”. En el mismo sentido, recogiendo el principio de equivalencia funcional del Derecho societario, PAZ-ARES, Cándido, “Agrupación de interés económico y sociedades profesionales” en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas, Cizur Menor, 1999, pp. 755 a757, entiende que cualquier tipo societario resulta válido e intercambiable a estos efectos. En este sentido, el autor incluye, sin lugar a duda alguna, la sociedad colectiva y explica igualmente la compatibilidad para tal fin de las sociedades de capital. De hecho, la doctrina ha ido incluso más lejos y ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía “¿Pueden las sociedades anónimas profesionales ser sociedades cotizadas?”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº35, 2010, p.284, considera que no existe incompatibilidad entre sociedad anónima profesional y sociedad cotizada. Como señala la autora, no será frecuente en la práctica encontrar sociedades cotizadas en las que exista una clase de acciones que no coticen, pero ello no significa que teóricamente, a tenor de su normativa reguladora, no sea posible. Aunque normalmente las sociedades cotizadas suelen ser sociedades abiertas, sin restricciones a la transmisibilidad de sus acciones, nexos de confianza entre determinados socios y correlación entre propiedad y gestión. Ello no impide que, excepcionalmente, pueda existir una sociedad cotizada, en la que no concurren dichas características, sino más bien algunas de las que

2.6.4.- Tratamiento de la responsabilidad. Especial referencia a la derivada de actos profesionales que causen daños a pacientes

2.6.4.a) Planteamiento

La disciplina de las sociedades profesionales contiene reglas especiales en materia de responsabilidad de indudable aplicación al paciente perjudicado. Tal y como hemos señalado, la imputación de las relaciones jurídicas en una sociedad de profesionales sanitarios se realizará a la propia sociedad, pues el paciente contrata con la sociedad misma, estableciendo el artículo 5 LSP que “los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de esta Ley”⁴⁶⁴. A la luz de las anteriores consideraciones, teniendo en cuenta que el riesgo es inherente a la actividad médica, se plantea el tratamiento de la responsabilidad profesional, cuestión que adquiere especial relevancia, máxime si se trata de un contexto en el que intervienen una pluralidad de sujetos como sucede a menudo en el ámbito clínico. En el caso de las sociedades profesionales, el régimen de responsabilidad se regula de forma pormenorizada en más de un precepto. Así, la regulación sustancial se encuentra en el artículo 11 de la Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en la Disposición adicional segunda – que

caracterizan a una sociedad cerrada. Lo que ocurre es que en la sociedad anónima profesional cotizada, necesariamente deben existir dos clases de acciones: las acciones de los socios profesionales que, en ningún caso pueden acceder a cotización bursátil, al ser intransmisible por ley esta condición (artículo 12 LSP), y otra clase de acciones que sí puede acceder siempre que, con respeto a estos valores se cumplan todas las exigencias requeridas por la normativa aplicable.

⁴⁶⁴ Ello determina la falta de legitimación activa del profesional individualmente considerado para reclamar judicialmente pagos pendientes a su cliente, dado que dicha legitimación corresponderá a la sociedad. Tal es el caso resulto por la SAP de Badajoz de 28 octubre de 2014 (JUR\2015\47797).

extiende el régimen de responsabilidad en determinadas situaciones en las que no se ha constituido una sociedad profesional como tal⁴⁶⁵ - y lo previsto en el artículo 9 en relación a la eventual responsabilidad disciplinaria.

El artículo 11 LSP sistematiza, de una manera que no difiere en lo sustancial de lo dispuesto con anterioridad por el propio Anteproyecto⁴⁶⁶, el régimen de responsabilidad, tanto desde el punto de vista de la sociedad como de los profesionales en el ejercicio de su actividad. Por ello, aunque inicialmente se pensara que hacer responder a una sociedad profesional y a sus componentes era más complejo que hacerlo en un ámbito estrictamente individual, lo cierto es que, podemos concluir que la LSP otorga mayores garantías al paciente perjudicado que podrá reclamar contra varios patrimonios a fin de satisfacer su interés. En todo caso, parece claro que la promulgación de la LSP se antojaba necesaria para

⁴⁶⁵ El precepto prevé que el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 11 será igualmente aplicable a todos aquellos supuestos en que dos o más profesionales desarrollen colectivamente una actividad profesional sin constituirse en sociedad profesional con arreglo a esta Ley. Además establece una presunción en virtud de la cual, se presumirá que concurre esta circunstancia cuando el ejercicio de la actividad se desarrolle públicamente bajo una denominación común o colectiva, o se emitan documentos, facturas, minutas o recibos bajo dicha denominación. Como última previsión de carácter “sancionador” dado que se establece que, si el ejercicio colectivo al que se refiere la disposición no adoptara forma societaria, todos los profesionales que lo desarrollen responderán solidariamente de las deudas y responsabilidades que encuentren su origen en el ejercicio de la actividad profesional. Sobre el precepto, *vid.* CRESPO MORA, M^a Carmen, “Extensión del régimen de responsabilidad” en GARCÍA PÉREZ Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, 2^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 823-846 y RAGEL SÁNCHEZ Luis Felipe, “La responsabilidad frente a terceros de la Sociedad Civil profesional, de sus socios y profesionales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº15, 2007, pp. 2579-2580.

⁴⁶⁶ CAMPINS VARGAS, Aurora, “El Anteproyecto de la Ley de Sociedades Profesionales: un paso adelante en su reconocimiento y regulación”, *La Ley*, D-254, pp.1035-1040.

clarificar dicha situación. De esta forma, cabe diferenciar tres tipos diferentes de responsabilidad.

2.6.4.b) Responsabilidad por las deudas sociales generales

El artículo 11.1 LSP no introduce ninguna novedad en el ámbito del Derecho de sociedades respecto a la regulación de la eventual responsabilidad frente a las deudas sociales al disponer que “de las deudas sociales responderá la sociedad con todo su patrimonio. La responsabilidad de los socios se determinará de conformidad con las reglas de la forma social adoptada”. Por ello, la sociedad de profesionales sanitarios, al igual que cualquier otra sociedad con personalidad jurídica, responderá de las deudas sociales y, en su caso, lo harán los socios profesionales que la constituyan de conformidad con la forma social adoptada. En consecuencia, la forma social elegida resultará determinante del alcance de la responsabilidad que tenga que asumir eventualmente el socio en caso de que deba responder de las deudas sociales cuando la sociedad no pueda hacerlo, cualquiera que sea su causa. Lógicamente, si se opta por las clásicas sociedades personalistas -en torno a las cuales ha venido configurándose tradicionalmente la sociedad profesional sanitaria-, debemos diferenciar entre sociedad civil y colectiva. En la sociedad civil responderán los socios con su patrimonio personal de forma subsidiaria y mancomunadamente entre ellos conforme al artículo 1698 CC. Mientras, en la sociedad colectiva los socios responderán con su patrimonio personal subsidiaria y solidariamente (artículo 127 CCo). En el caso de la sociedad civil, el hecho de que la responsabilidad sea mancomunada implicará que la deuda se encuentre dividida en tantas partes como deudores haya, de forma que sólo podrá hacerse efectiva la misma procediendo contra todos los deudores por la parte correspondiente. En el caso de la sociedad colectiva, el acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de los deudores

solidarios o contra todos simultáneamente siendo posible que el pago por uno sólo de ellos de la totalidad de la deuda extingue la obligación, sin perjuicio de que el pagador pueda repetir en vía de regreso posteriormente a sus codeudores la parte que a cada uno le corresponda. En el caso de que los profesionales sanitarios decidan constituirse en forma social capitalista, esto es, anónima y limitada, los socios no responderán personalmente, sino simplemente con el importe de su aportación al capital social, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.2 y 1.3 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

En todo caso, conviene aclarar que la responsabilidad personal de los socios por las deudas sociales es una responsabilidad indirecta, ya que responde de una deuda ajena, de la propia sociedad⁴⁶⁷. La propia LSP pretende asegurar la responsabilidad de la sociedad por las deudas sociales, para evitar que responda indirectamente el socio, estableciendo un seguro obligatorio de responsabilidad civil en su artículo 11.3 LSP (“las sociedades profesionales deberán estipular un seguro que cubra la responsabilidad en la que éstas puedan incurrir en el ejercicio de la actividad o actividades que constituyen el objeto social”).

2.6.4.c) Responsabilidad por las deudas sociales derivadas de actos profesionales

⁴⁶⁷ ORTEGA REINOSO, Gloria, “Un comentario a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº109, 2008, pp. 174 y 175 señala la distinta naturaleza de ambas responsabilidades: por un lado, la responsabilidad del socio por las deudas sociales es una responsabilidad indirecta mientras que la responsabilidad que el socio asume por su actuación profesional es una responsabilidad directa, por una deuda propia, que ya deriva del propio incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Así mismo, pone de manifiesto que el fundamento jurídico también es distinto pues la responsabilidad del socio es una responsabilidad *ex lege* mientras que la del profesional es una responsabilidad negocial, aunque son ambas de contenido meramente indemnizatorio.

Al margen de lo señalado con anterioridad, el profesional no deja de ser responsable de cuantos daños genera en el desarrollo de su actividad profesional pues cabe diferenciar entre responsabilidad por deudas sociales y responsabilidad por el ejercicio profesional. De ésta última se ocupa el artículo 11.2 LSP que dispone que “no obstante, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos responderán solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan”. El hecho de que el artículo 11 LSP regule en apartados diferentes ambos regímenes de responsabilidad resulta indicativo de la existencia de diferencias entre ambas. En efecto, en los dos casos tienen carácter indemnizatorio pero la responsabilidad del socio por las deudas sociales sólo surgirá cuando el patrimonio de la sociedad resulte insuficiente para hacerlas frente y afectará solamente a los socios y no al resto de profesionales que ejercen su actividad en la sociedad. Sin embargo, la responsabilidad derivada de la defectuosa, inexacta o ausente actuación profesional genera una deuda propia del profesional, que surge con independencia de la forma social adoptada y que no sólo afecta a los socios, sino a todo profesional actuante con independencia de la naturaleza del vínculo que le una a la sociedad⁴⁶⁸.

La responsabilidad derivada del ejercicio profesional, en el ámbito de las sociedades de profesionales sanitarios, normalmente se producirá por mala praxis y se configura como una responsabilidad solidaria entre el profesional y la propia sociedad a fin de evitar que el posible paciente

⁴⁶⁸ CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales”..., ob.cit, p. 535. También en CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 28, 2012, pp. 213-240.

perjudicado pueda verse afectado por la complejidad organizativa de las sociedades, permitiéndole así que pueda dirigirse indistintamente contra cualquiera de dichos sujetos –profesional o sociedad- o contra ambos simultáneamente, de conformidad con el régimen de solidaridad establecido en el artículo 1.144 CC. Por ello, esta posibilidad prevista por la LSP se configura como una garantía para el consumidor dañado pues este régimen de solidaridad pasiva amplía el círculo de responsables y, con ello, de patrimonios a perseguir, todo ello, sin perjuicio, lógicamente, de la acción de repetición que tendrá aquel que paga la totalidad de la deuda respecto del resto de deudores por la parte que les corresponde⁴⁶⁹.

Sentado este régimen de solidaridad, debemos analizar, por un lado, la determinación de la responsabilidad civil por vía *contractual* o *extracontractual* y, por otro, la extensión del régimen de responsabilidad de los distintos profesionales sanitarios que componen la sociedad. Respecto a la primera cuestión, debe señalarse que el ejercicio en sociedad de la profesión médica, es decir, la interposición de la sociedad entre el cliente y el profesional, provoca que este último realmente contrate con la sociedad, siendo ésta, por tanto, el único sujeto vinculado contractualmente tanto con el consumidor como con el profesional sanitario. De esta manera, nos encontramos ante lo que se ha denominado una “relación triangular”: por un lado, el consumidor que contrata con la sociedad la prestación de un servicio médico, siendo la sociedad la deudora contractual; por otro lado, la sociedad contratada encarga al profesional sanitario ejecutar materialmente el encargo conferido; por último, el cliente es el receptor del servicio ejecutado por el profesional pero contratado con la sociedad⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ *Ibidem.*, ob.cit, p. 528.

⁴⁷⁰ En el mismo sentido, si bien con carácter general para cualquier tipo de profesional, CRESPO MORA, M^a Carmen, “Ejercicio e imputación profesional” en GARCÍA PÉREZ Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y*

Sin embargo, a nuestro juicio, la denominación de “relación triangular” no es exacta⁴⁷¹, siendo más correcto hablar de “doble relación contractual bilateral solapada” en la medida en que, en realidad, nos encontramos ante dos relaciones contractuales que se superponen cuyo nexo común es la sociedad profesional. En este sentido, nos referimos a la bilateralidad a los solos efectos de calificar las relaciones contractuales formalmente entabladas, sin perjuicio de que los efectos responsabilísticos puedan ser contractuales.

En este sentido, se ha suscitado la cuestión relativa a la naturaleza de la eventual exigencia de responsabilidad del prestador material, bien contractual, conforme a las reglas del artículo 1.101 CC, o bien extracontractual, conforme al artículo 1.902 CC. En este sentido, el hecho de que el profesional no sea deudor contractual, puesto que no celebra contrato con el paciente sino que se limita a ejecutar materialmente el encargo de la sociedad contratante, ha provocado la discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad. Así, la mayoría de los autores sostienen el criterio del carácter contractual de la responsabilidad del profesional, dado que, aunque en sentido estricto no existe contrato entre cliente y profesional, resulta evidente que ambos entablan una relación obligatoria, de modo que, a diferencia de los supuestos típicos encuadrables bajo el

Corporativo, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 238. La autora considera que nos encontramos ante “relaciones triangulares de servicios profesionales”, cuya estructura se caracteriza por estar integrada por tres elementos subjetivos: quien se compromete contractualmente a prestar el servicio (la sociedad profesional), quien efectivamente lo presta (el profesional colegiado) y el receptor del mismo (el cliente). Los tres sujetos que forman parte de estas relaciones aparecen vinculados dos a dos, aunque sólo uno de ellos es parte de ambas relaciones contractuales.

⁴⁷¹ Empleada por CRESPO MORA, Mª Carmen (vid. nota anterior) quien la toma de ALONSO PÉREZ, María Teresa *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997, p.173.

artículo 1.902 CC, profesional y víctima no son dos extraños que se conozcan a través del hecho dañoso⁴⁷².

Para justificar el carácter contractual de la responsabilidad se han empleado diversas teorías. Así, en primer lugar, la *teoría del doble contrato* que defiende la existencia de un segundo contrato entre el cliente y el profesional concreto⁴⁷³. En segundo lugar, se ha empleado la *tesis del contrato en favor de tercero* previsto en el artículo 1.257.II CC, de manera que la sociedad profesional, como estipulante, y el concreto profesional, como promitente, celebran entre ellos un contrato en favor de un tercero, en nuestro caso, el paciente-consumidor⁴⁷⁴. En tercer término, se ha propuesto la *aplicación analógica de la responsabilidad del submandatario*, en virtud de la cual se exigiría al profesional responsabilidad en los mismos términos que los previstos en los artículos 1.721 y 1.722 CC, reguladores de la sustitución en el mandato⁴⁷⁵. Las tres posturas han merecido refutación doctrinal⁴⁷⁶. Por ello, un cuarto sector académico se inclina por

⁴⁷² CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales...”, ob.cit., p. 538.

⁴⁷³ Sostenida por GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990, pg. 238

⁴⁷⁴ Defendida por FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “Las sociedades de médicos”, en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis; y MORENO QUESADA, Bernardo (Coord.) *El ejercicio en grupo de profesionales liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993, pg. 376.

⁴⁷⁵ PAZ-ARES, Cándido, “Comentario al artículo 1678” en PAZ-ARES, Cándido, Díez-PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.), “Comentarios al Código Civil”, Tomo II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1407.

⁴⁷⁶ Así, REDONDO TRIGO, Francisco, “El nuevo régimen de la responsabilidad en la Ley de Sociedades Profesionales y la solidaridad jurisprudencial”, *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, nº 702, 2007, pp. 1897 y 1898, señala desacertadas la teoría del doble contrato pues, el contrato es único, de arrendamiento de servicios entre el cliente y la sociedad, sin que exista, por tanto un “doble contrato” (contrato de arrendamiento de servicios y contrato posterior de ejecución). Asimismo, critica la tesis formulada en el ámbito de responsabilidad médica, entendiendo el contrato celebrado entre el hospital y el médico como un contrato a favor de tercero (enfermo o paciente),

entender que, si bien la responsabilidad de la sociedad es claramente contractual dado que es quien estipula la relación jurídica convencional con el cliente, el carácter de la responsabilidad del profesional actuante no resulta tan nítido, entendiendo que existe, en cierta medida, un contrato social, que podría justificar una eventual responsabilidad civil contractual⁴⁷⁷. De esta forma, existiría una relación obligatoria, considerada como suficiente en ocasiones por la jurisprudencia a efectos de aplicar la responsabilidad civil contractual en relaciones no contractuales⁴⁷⁸. En nuestra opinión sin desconocer el eventual alcance favorable que pudiera tener para el consumidor perjudicado la calificación contractual de la responsabilidad, se encuentra pendiente de adecuada

en virtud del cual existirían responsabilidades directas y contractuales frente al profesional, ya que considera que, en estos casos, no se dan los presupuestos de la contratación a favor de tercero al faltar la voluntad de las partes de atribuir un derecho a un tercero, que es elemento esencial de la figura. Finalmente, en contra de la tesis del submandatario, rechazando la posibilidad de utilizar en este ámbito los artículos 1.721 y 1.722 CC. También en contra de las tres teorías, GARCÍA PÉREZ, Rosa, *El ejercicio en sociedad de profesiones liberales*, Boch, Barcelona, 1997, pp. 228-229 y CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales...” ob.cit. 539-543.

⁴⁷⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales”..., ob.cit, p. 544, señala que “la citada responsabilidad se encontrará más cerca de la responsabilidad contractual que de la genérica infracción del *neminem laedere* del artículo 1902 CC, lo que justifica la aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual a estas relaciones no propiamente contractuales”, citando a PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Comentario a la STS de 19 de junio de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, nº 6, p. 1876, señala que comparte evidentes similitudes con una auténtica relación contractual. En el mismo sentido, siguiendo al mismo autor, ORTEGA REINOSO, Gloria, “Un comentario a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales”, ob.cit..., p. 177.

⁴⁷⁸ Es clásica la cita de la STS de 18 de junio de 1998 (RJ 1998, 5290) declarando que la responsabilidad contractual “supondrá una relación jurídica preexistente que ordinariamente será un contrato (...) y que la relación jurídica precedente puede no ser un contrato *stricto sensu*, bastando que sea análoga al mismo, incluso presunta (...)”. En sentido análogo, STS de 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771).

justificación doctrinal esta posibilidad que parece responder más bien a criterios metajurídicos de justicia material casuística. Por todo ello, polémicas dogmáticas al margen, sería deseable acotar el inciso final del artículo 11.2 LSP (“siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan”) cuya vaguedad merece, de *lege ferenda*, la oportuna clarificación por vía normativa expresa

Resta por último determinar la extensión subjetiva de responsables, una vez sentado que el artículo 11.2 se refiere a “los profesionales, socios o no, que hayan actuado”. Por ello podemos entender incluidos dentro del perímetro de la responsabilidad a la totalidad de los miembros del equipo horizontal actuante, esto es, aquellos que desarrollan la actividad en régimen de paridad posicional⁴⁷⁹. También, en los casos de equipos verticales serán responsables aquellos profesionales que llevan a cabo la dirección o vigilancia de otras personas aunque sean subordinados, respondiendo todos ellos solidariamente⁴⁸⁰. En todo caso, la responsabilidad no se extiende a los profesionales que no hayan intervenido en la consecución del resultado dañoso, sin perjuicio lógicamente de que pueda afectarles indirectamente la responsabilidad de los profesionales actuantes, si aquellos son socios de sociedad profesional

⁴⁷⁹ En el mismo sentido, BOTANA AGRA, María José, “La responsabilidad patrimonial en el contexto de las sociedades profesionales”, en TRIGO GARCÍA, María Belén y FRAMIÑÁN SANTAS, Javier (Coord.), *Estudios sobre sociedades profesionales: la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales*, Marcial pons, Madrid, 2009, p. 216 pp.205-224

⁴⁸⁰ A favor, CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales” ob.cit, p.548 que señala que deberá ser tenida en cuenta la especial posición del jefe del equipo con posterioridad en las relaciones internas y que, en todo caso, resultará dudoso que una intervención nimia e insignificante pueda desencadenar la responsabilidad solidaria.

articulada como sociedad personalista, en la que, como es sabido, responden subsidiariamente en caso de insuficiencia del patrimonio social.

2.6.4.d).-Responsabilidad disciplinaria

Cabe hacer una última referencia a la responsabilidad disciplinaria que, a diferencia de las dos anteriores se materializa *ad intra*, en la medida en que el bien jurídico protegido en su exigencia no es el daño a un tercero sino el correcto funcionamiento del sistema de ordenación profesional. En este sentido, conforme al artículo 9 LSP, la sociedad profesional y los profesionales que actúan en su seno deben ejercer la actividad profesional que constituya el objeto social de conformidad con el régimen deontológico y disciplinario propio de la correspondiente actividad profesional. Por tanto, en el caso de los profesionales médicos habrá de estarse a lo previsto en el Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos aprobado el 9 de julio de 2011. En este sentido, la norma establece un *principio de comunicación* conforme al cual las causas de incompatibilidad o de inhabilitación para el ejercicio de la profesión que afecten a cualquiera de los socios se harán extensivas a la sociedad y a los restantes socios profesionales, salvo exclusión del socio inhabilitado o incompatible en los términos de la propia LPS. En ningún caso será obstáculo el ejercicio de la actividad profesional a través de la sociedad para la efectiva aplicación a los profesionales, socios o no, del régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional. Finalmente, se sienta un principio de compatibilidad entre la responsabilidad personal del profesional actuante y la responsabilidad de la sociedad profesional, que también podrá ser sancionada en los términos establecidos en el régimen disciplinario que corresponda según su ordenamiento profesional.

2.7.- Las cooperativas sanitarias como prestadoras y destinatarias de servicios de salud

2.7.1.- Función social y económica

Desde siempre se han buscado alternativas a las fórmulas tradicionales de prestación de los servicios sanitarios, tradicionalmente centradas en la asistencia sanitaria prestada a través de los servicios públicos o mediante la prestación sanitaria privada. Como eventual alternativa a esta tradicional división surgen las cooperativas sanitarias como herramienta de economía social que no son un fenómeno reciente, pues de hecho, suele citarse como primera cooperativa moderna de consumo la formada por un grupo de tejedores británicos de Rochdale en 1844⁴⁸¹. Sin embargo, también es cierto que el cooperativismo en salud se ha popularizado en los últimos tiempos debido a la escasez de recursos económicos. Por otra parte, se trata de una fórmula que también puede coadyuvar a plantear soluciones de reducción de costes en la asistencia sanitaria y a repartir beneficios de manera justa, en situaciones económicas saneadas.

A nivel internacional, el reconocimiento del cooperativismo sanitario resulta indudable y, en este sentido, la Organización Internacional de Cooperativas de Salud (IHCO), fundada en 1996, constituye una organización sectorial de la Alianza Cooperativa

⁴⁸¹ Crearon la denominada “Sociedad de los Probos Pioneros de Rochdale” (cfr. HOLYOAKE, Georges Jacob, *Historia de los pioneros de Rochdale*, trad. Bernardo Delom, AECOOP, Zaragoza, 1973), y pronto mostraron su preocupación por las cuestiones de salud, especialmente en relación con los niveles de alcoholismo de los trabajadores de la industria inglesa (ENCISO SANTOCILDES, Marta y MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber, “Cooperativas y salud: orígenes, fines y experiencias”, en AHOHER BIOSCA, Salomé, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 576.

Internacional (ACI), que agrupa diferentes cooperativas sanitarias. Así las cosas, la ACI comenzó a desarrollar un fuerte impulso de la labor cooperativa en el sector de la salud a raíz de la fuerza del movimiento cooperativo sanitario en España, Brasil y Japón. En nuestro país, cabe destacar los sistemas cooperativos sanitarios en Cataluña, donde la asistencia sanitaria no presentaba una cobertura completa y en el País Vaco⁴⁸². La importancia del sector también la pone de relieve el denominado UNIMED en Brasil un auténtico complejo multicooperativo formado por tres sistemas diferenciados: el propio sistema UNIMED, las empresas comerciales controladas (denominadas *produtos*) y un sistema de empresas coaligadas o coadyuvantes (*serviços*)⁴⁸³. Por su parte, el modelo japonés de cooperativas sanitarias nació en los años cincuenta ante la falta de un sistema universal de salud público. La evolución demográfica del

⁴⁸² En Cataluña es clásica la cita de la denominada experiencia Espriu así llamada por el apellido de su fundador, el doctor Josep Espriu, que constituyó una cooperativa de consumidores. También a este modelo responde el Igualatorio Médico-Quirúrgico en Vizcaya, todavía existente, o la cooperativa Lagun Aro, con sede principal en Mondragón ENCISO SANTOCILDES, Marta y MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber, "Cooperativas y salud: orígenes, fines y experiencias...", ob.cit., p. 579 y 580). Cabe señalar que el cooperativismo sanitario en España, se ha concebido como un modelo sanitario integral que, partiendo de los ideales de la cooperación, trata de dar respuesta a las necesidades de relación entre médicos y pacientes. En este sentido, ha tratado de superar el concepto del movimiento igualitarista, y ahondando en la defensa del derecho de los pacientes a participar en el control de la actividad sanitaria, dejando de ser simplemente sujetos pasivos del hecho asistencial. De este modo, la protección de la salud no sólo sería expresión de un derecho individual, sino también de un derecho colectivo (CARREÑO CASTILLA, Francisco, "La intercooperación en la asistencia sanitaria... el largo camino hacia el cooperativismo sanitario integral", *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, nº 62, 1996, p.159).

⁴⁸³ Surgió en Sao Paulo como cooperativa de trabajo en 1967 integrando un grupo de profesionales de la medicina no conformes con el sistema sanitario de carácter mercantilizado por entender que les impedía llevar a cabo de manera libre y digna su profesión liberal, al estar muy mediatizados por el Estado y otros sectores mercantiles. Desde 1993, el sistema es mixto pues ha incorporado cooperativas de usuarios (ENCISO SANTOCILDES, Marta y MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber, "Cooperativas y salud: orígenes, fines y experiencias...", ob.cit., pp. 582 y 583

país -con una población envejecida y una tasa muy baja de natalidad- y del propio sistema sanitario -ahogado por un incremento de costes en los servicios prestados a las personas mayores- han influido de manera determinante en los servicios que presta el cooperativismo: ayuda domiciliaria, fisioterapia, evaluación de la discapacidad o canalización de ayudas públicas⁴⁸⁴.

A la luz de las citadas experiencias y en particular de la española, se han destacado como características fundamentales de este modelo de salud pública cooperativizada una humanización de la salud, priorizando la prevención y promoción de la salud basada en un modelo biopsicosocial, cultural, ético y espiritual donde la persona sea sujeto activo y responsable del mantenimiento de su propia salud. Así las cosas, el cooperativismo sanitario pretendería de este modo la unificación de la medicina en base a las necesidades personales y no de mercado de forma que, a través de una participación directa de la comunidad en la salud se realice a la par un uso eficiente de los recursos cuando sean realmente necesarios⁴⁸⁵.

Además de la función que el cooperativismo sanitario puede jugar desde la perspectiva ideológica, conviene poner de manifiesto que, desde la perspectiva social y económica, en el área de la salud, convergen varios intereses que las cooperativas sanitarias tratan de satisfacer⁴⁸⁶. Por un lado, los destinatarios de la asistencia sanitaria desean recibir una

⁴⁸⁴ *Ibidem*, pp. 583 a 585.

⁴⁸⁵ Cfr., con carácter general, ALONSO SOTO, Francisco, *La Alternativa del cooperativismo sanitario*, Gabinete de Estudios y Promoción del Cooperativismo Sanitario, DL, Madrid, 1986; Cooperativa Integral Catalana: <http://cooperativa.cat/es/sistema-publico-cooperativo/salud/>, última consulta el 27 de octubre de 2015).

⁴⁸⁶ DRAHEIM, Georg, *Die Genossenschaft als Unternehmenstyp*, Auflage, Göttingen, 1955, p. 16, puso de manifiesto la “doble naturaleza” económica e ideológica de las cooperativas, tanto como proyectos de cooperación económica como asociaciones idealistas de personas físicas.

atención médica de calidad a unos costes reducidos. Para ello pueden asociarse, e incluso, cuando son muchos, tener en propiedad una clínica o un hospital. Como los costes de la asistencia sanitaria, a pesar de todo, pueden ser elevados, en ocasiones también desearán mutualizar los riesgos, por lo que la cooperativa sanitaria desempeñará una actividad aseguradora. Por otro lado, desde la perspectiva de los profesionales sanitarios, también pueden colmar sus necesidades formando una cooperativa que les facilite puestos de trabajo (de trabajo asociado) o bien una cooperativa que les proporcione suministros o servicios, como el caso de la cooperativa que dispensa a los farmacéuticos sustancias químicas con las que realizar sus preparados (de servicios)⁴⁸⁷.

2.7.2.- Régimen jurídico estatal

El reconocimiento institucional de las cooperativas sanitarias no resultó un proceso sencillo. De hecho, no fueron positivizadas como tipo autónomo de cooperativa en nuestro país ni por la Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas ni por su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 2710/1978, de 16 de noviembre. Posteriormente, se aprobará el texto constitucional, estableciendo el artículo 129 CE un deber de los poderes públicos de fomento del cooperativismo al señalar que “la ley establecerá las formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas (...)”.

⁴⁸⁷ GARCÍA PÉREZ, Rafael, “Las cooperativas sanitarias”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº10, 2006, p. 453.

En este sentido, las cooperativas sanitarias serán por primera vez contempladas en la Ley 3/1987, de 2 de abril General de Cooperativas, únicamente en su modalidad de cooperativas de seguros⁴⁸⁸. Poco más decía la escueta regulación de 1987 que concretaba su régimen jurídico por vía remisiva. Así se remitía a las normas establecidas para las Cooperativas de Seguros a prima fija, cuando tuvieran por objeto la cobertura, a sus socios y beneficiarios de éstos, de los riesgos relativos a la salud (artículo 144.2) y a las normas reguladoras de las Cooperativas de Seguros de trabajo asociado, cuando la Cooperativa Sanitaria asociase a profesionales de la salud y a personal no sanitario (artículo 144.3). Finalmente, se otorgaba la facultad de incluir en su denominación el término “Sanitaria”, de modo que cuando una Cooperativa de segundo o ulterior grado integre al menos una Cooperativa Sanitaria, aquélla podrá incluir en su denominación el término «Sanitaria».

Sin embargo, esta normativa ya derogada, ha sido superada tanto por la normativa estatal -que amplía la actuación de estas cooperativas más allá del ámbito de los seguros⁴⁸⁹-, como por la respectiva normativa

⁴⁸⁸ El artículo 144 disponía que “son Cooperativas Sanitarias las cooperativas de seguros cuya actividad asistencial consiste en cubrir riesgos relativos a la salud de sus socios o de los asegurados y de los beneficiarios de los mismos. A las Cooperativas Sanitarias les serán de aplicación las normas establecidas en esta Ley para las Cooperativas de Seguros a prima fija, cuando tengan por objeto la cobertura, a sus socios y beneficiarios de éstos, de los riesgo relativos a la salud. Cuando la Cooperativa Sanitaria asocie a profesionales de la salud y a personal no sanitario le serán de aplicación las normas establecidas en la presente Ley reguladora de las Cooperativas de Seguros de trabajo asociado. Cuando una Cooperativa de segundo o ulterior grado integre al menos una Cooperativa Sanitaria, aquélla podrá incluir en su denominación el término “sanitaria”. Sobre la regulación anterior, cfr. PAZ CANALEJO, Narciso, “De las cooperativas sanitarias”, SÁNCHEZ CALERO, Fernando y ALBALADEJO, Manuel (Dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Tomo XX, vol. 3, EDESA, Madrid, 1994, pp. 814-820.

⁴⁸⁹ Como señala ITURRIOZ DEL CAMPO, Javier, “El marco legal de las sociedades cooperativas del sector de la salud”, *REVESCO Revista de*

autonómica. Por ello, el régimen jurídico actualmente vigente aplicable a las cooperativas que actúan dentro del ámbito sanitario se encuentra configurado por la normativa que corresponde a la actividad que las mismas desarrollan como persona jurídica, esto es, la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, y por las leyes de cooperativas autonómicas que hayan dictado las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias. Igualmente, también estarán afectadas por la normativa correspondiente a la actividad que desarrollan, fundamentalmente, una actividad sanitaria aseguradora.

En este sentido, el artículo 102.1 LCoop señala que “son cooperativas sanitarias las que desarrollan su actividad en el área de la salud, pudiendo estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la misma o por unos y otros. Podrán realizar también actividades complementarias y conexas incluso de tipo preventivo, general o para grupos o colectivos determinados”. De dicho precepto y de las restantes prescripciones legales cabe inferir un concepto de cooperativa sanitaria como sociedad constituida por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la misma o unos y otros, que se asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales en el área de la salud -así como de actividades complementarias y conexas a la misma- encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos

Estudios Cooperativos, n 60, 1994, p. 99, el cooperativismo sanitario se encuentra ligado a la legislación de seguro, del que nació y sigue siendo una rama del mismo por lo que sus orígenes dispositivos habrá que buscarlos dentro de la normativa en materia de seguros.

resultantes de la LCoop⁴⁹⁰. En todo caso, obsérvese que el precepto legal utiliza el término “área de salud” como requisito determinante del concepto. Sobre este particular, apostamos por una interpretación amplia del concepto de salud que iría más allá de lo que se entiende por medicina e incluso por sanidad⁴⁹¹. En este sentido, esta interpretación permitiría calificar como cooperativas sanitarias a aquéllas que realicen actividades

⁴⁹⁰ GARCÍA PÉREZ, Rafael, “Las cooperativas sanitarias....”, ob.cit., p. 456. En este sentido, téngase en cuenta el concepto general del artículo 1.1 LCoop que define la cooperativa como “sociedad constituida por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional, en los términos resultantes de la presente Ley”. Los principios formulados por la Alianza Cooperativa Internacional pueden resumirse en el principio de “puerta abierta” -que se hace posible a través de la variabilidad del capital social-, el principio de fundamentación no capitalista del socio y el principio de autogobierno, gestión y control democráticos (URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y VÉRGEZ, Mercedes, “Sociedades cooperativas” en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen I, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1999, p. 1282.

⁴⁹¹ Pese a que popularmente tienden a utilizarse de forma indistinta, “sanidad” y “salud” no son conceptos equiparables. La sanidad hace referencia al aspecto medicalizado y meramente reparador de la salud quebrada. Por el contrario, el concepto de “salud” es mucho más amplio y dependiente de determinantes sociales como la educación, la higiene, el trabajo, el medio ambiente o la alimentación, siendo la sanidad sólo uno más de dichos factores. En este sentido, cabe traer colación la famosa definición integral contenida en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1948: “La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. En esta misma línea biopsicosocial, se ha dicho que “la salud es una síntesis; es la síntesis de una multiplicidad de procesos, de lo que acontece con la biología del cuerpo, con el ambiente que nos rodea, con las relaciones sociales, con la política y la economía internacional” [BRICEÑO-LEÓN, Roberto. “Bienestar, salud pública y cambio social” en BRICEÑO-LEÓN, Roberto, DE SOUZA, María Celia; y COIMBRA, Carlos (Coords.), *Salud y equidad: una mirada desde las ciencias sociales*, Fiocruz, Río de Janeiro, pp. 15-24]. Con carácter general, cfr. también ALCÁNTARA MORENO, Gustavo, “La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad”, *Revista Universitaria de Investigación*, Año 9, nº 1, 2008, pp. 93-107.

vinculadas a la farmacia, aunque entendemos el concepto asociado a la salud humana por lo que creemos excluida la veterinaria⁴⁹².

2.7.3.- Las cooperativas sanitarias en el Derecho autonómico

La mayor parte de las Comunidades Autónomas han asumido competencias en materia de cooperativas, desarrollando una disparidad de normas autonómicas. Así las cosas, podemos distinguir varios modelos organizativos de las cooperativas sanitarias en el Derecho autonómico comparado⁴⁹³:

a) En primer término se encuentra la normativa autonómica que regula las *cooperativas sanitarias ordinarias*, siguiendo el esquema de la ley

⁴⁹² En contra, GARCÍA PÉREZ, Rafael, “Las cooperativas sanitarias....”, ob.cit., p. 456, lo que “el área de la salud” comprende no es cuestión sencilla. El propio artículo nos concede apoyos para la interpretación: según el párrafo primero las cooperativas pueden estar constituidas por prestadores o destinatarios de la “asistencia sanitaria”, y el párrafo segundo nos habla de “profesionales de la medicina”. De las expresiones entrecomilladas, la más restrictiva es la de “profesionales de la medicina”, ya que según el diccionario de la Real Academia Española “medicina” es la “ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano”, con lo cual la veterinaria podría resultar excluida. Pensamos, sin embargo, que no se trata de un argumento decisivo, ya que el mismo artículo emplea términos más amplios como “área de la salud” o “asistencia sanitaria” sin matización o restricción alguna, y la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, dispone en su artículo 6.2 d) que corresponde a los veterinarios, entre otras tareas, “el desarrollo de las técnicas necesarias para evitar los riesgos que en el hombre pueden producir la vida animal y sus enfermedades”³. No existe objeción, pensamos, en considerar la actividad veterinaria comprendida dentro del “área de la salud”. Refuerza esta opinión la mencionada Ley 44/2003, que considera la profesión para cuyo ejercicio habilita el título de Licenciado en veterinaria como una profesión sanitaria de nivel Licenciado (artículo 2.2)”.

⁴⁹³ Solamente Canarias, a pesar de que cuenta con el Decreto 785/1984, de 7 de diciembre, por el que se regula la organización del registro regional de cooperativas, no cuenta con una normativa específica a tal efecto sobre cooperativas. Carecen de referencia expresa a las cooperativas sanitarias, la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 14/2011, de 23 de diciembre de Cooperativas Andaluzas) y la de Castilla y León (Ley 4/2002, de 11 de abril, de Cooperativas de Castilla y León).

estatal, tal y como hacen las Comunidades Autónomas de Baleares⁴⁹⁴, Murcia⁴⁹⁵ y Asturias⁴⁹⁶ reproduciendo el sistema de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas.

b) Como segundo modelo cabe citar el de las leyes autonómicas que deciden determinar la configuración de las cooperativas sanitarias como *cooperativas de seguros*: así lo hacen Aragón⁴⁹⁷ y Navarra⁴⁹⁸. Inicialmente la justificación de la configuración de las cooperativas sanitarias como cooperativas de seguros podía deberse a que la normativa que las regulaba en cada respectiva Comunidad Autónoma era anterior al año 1999, año de aprobación de la actual Ley de Cooperativas. Sin embargo determinadas Comunidades han seguido dicho esquema pese a haber modificado su normativa con posterioridad.

c) En tercer lugar, se encuentran las Comunidades Autónomas que indican las clases de cooperativas que pueden tener por objeto la actividad sanitaria y establecen la regulación aplicable a las cooperativas sanitarias.

⁴⁹⁴ Ley 1/2003, de 20 de marzo, de Cooperativas de las Islas Baleares.

⁴⁹⁵ Ley 8/2006, de 16 de noviembre, de Cooperativas de la Región de Murcia.

⁴⁹⁶ Ley 4/2010, de 29 de junio de Cooperativas del Principado de Asturias.

⁴⁹⁷ Ya lo hacía en la normativa anterior (Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón) y lo consolida en la aprobación del texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto que, en su mismo artículo 88 prevé que son cooperativas sanitarias “aquellas cooperativas de seguros cuyo objeto es asegurar los riesgos relativos a la salud de sus socios o asegurados y de los beneficiarios de éstos”.

⁴⁹⁸ Ley foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra, prevé en su artículo 76 que “son cooperativas sanitarias aquéllas cuya actividad consiste en cubrir riesgos relativos a la salud de sus socios o de los asegurados y sus beneficiarios”. Inicialmente la justificación de la configuración de las cooperativas sanitarias como cooperativas de seguros podía deberse a que la normativa que las regulaba en cada respectiva Comunidad Autónoma era anterior al año 1999, año de aprobación de la actual Ley de Cooperativas. Sin embargo determinadas Comunidades han seguido dicho esquema pese a haber modificado su normativa recientemente.

Así, Extremadura, Valencia y Castilla la Mancha⁴⁹⁹ regulan de una forma muy similar las cooperativas sanitarias, estableciendo que la actividad sanitaria puede ser objeto de una cooperativa de trabajo asociado, de consumo directo de la asistencia sanitaria o bien de seguros. En todo caso las cooperativas sanitarias deberán someterse al régimen propio de su actividad y a la peculiar regulación de su tipo de cooperativa.

d) Otras autonomías regulan las cooperativas sanitarias como *instituciones de economía social* que tienen por objeto desarrollar actividades sanitarias y establecen sus distintas modalidades – seguros a prima fija, trabajo asociado o consumidores. Es el caso de Galicia⁵⁰⁰ o La Rioja⁵⁰¹.

e) Existen sistemas que contemplan las cooperativas sanitarias de forma alternativa, bien como cooperativas de seguros o bien como cooperativas de instalaciones sanitarias, tal y como se recoge en la reciente Ley 12/2015, de 9 de julio, de cooperativas catalanas y en la Ley 4/1993, de 24 de junio de Cooperativas del País Vasco.

f) Una referencia final debe efectuarse a la Comunidad de Madrid que incardina y regula las cooperativas sanitarias como cooperativas de sectores o funciones sociales especiales en la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid. También resultaría asimilable el caso de la Ley 6/2013, de 6 de noviembre, de Cooperativas de Cantabria, que incluye a las cooperativas que desarrollen actividades sanitarias como cooperativas de iniciativa social.

⁴⁹⁹ Ley 2/1998, de 26 de marzo, de Sociedades Cooperativas de Extremadura (artículos 143 y 144), el Decreto Legislativo 2/2015, de 15 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunidad Valenciana (artículo 94) así como la Ley 11/2010, de 4 de noviembre, de Cooperativas de Castilla la Mancha (artículo 146).

⁵⁰⁰ Ley 5/1999, de 18 de diciembre de Cooperativas de Galicia.

⁵⁰¹ Ley 4/2001, de 2 de julio, de Cooperativas de La Rioja.

2.7.4.- Tipología de cooperativas sanitarias estatales y grado de aplicación de la disciplina de defensa del consumidor.

Sentado el concepto de cooperativa, el artículo 102.1 distingue tres posibles tipos de cooperativas sanitarias -cooperativas de prestadores de asistencia sanitaria, cooperativas de destinatarios de asistencia sanitaria y cooperativas sanitarias integrales- a las que confiere una disciplina propia por vía remisiva. Además de esta clasificación tripartita debemos tener en cuenta dos posibilidades adicionales de configuración que son las cooperativas de seguros y las cooperativas sanitarias de segundo grado, cuestión que pasamos a analizar.

2.7.4.a) Cooperativas de prestadores de asistencia sanitaria

Si bien la Lcoop emplea el término de “profesionales de la medicina” entendemos que debe ser interpretado en sentido amplio, de modo que bajo su rúbrica, tal como hemos señalado, cabría la inclusión de cualquier profesional sanitario. En este sentido, el artículo 102 LCoop prescribe que a estas cooperativas “les serán de aplicación las normas establecidas en la presente Ley para las de trabajo asociado o para las de servicios, según proceda”, es decir dependiendo de si la cooperativa tiene por finalidad proporcionar a sus socios puestos de trabajo o prestar servicios. En el primer caso, las *cooperativas sanitarias de trabajo asociado*, tendrían por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros, reguladas en el artículo 80 LCoop. Por su parte, las *cooperativas de servicios* tienen por objeto la prestación de suministros y servicios, o la producción de bienes y la realización de operaciones encaminadas al mejoramiento económico y técnico de las actividades profesionales o de las explotaciones de sus socios, tal y como dispone el artículo 98 LCoop.

Mientras una cooperativa de médicos que proporciona puestos de trabajo a los mismos sería un claro ejemplo de cooperativa de trabajo asociado, una cooperativa de farmacéuticos a los que la sociedad entrega medicamentos y productos sanitarios se constituiría como una cooperativa de servicios.

2.7.4.b) Cooperativas de destinatarios de asistencia sanitaria

Otra posibilidad es la existencia de cooperativas integradas exclusivamente por los destinatarios de la asistencia sanitaria, esto es, los consumidores y usuarios, a las que se les aplicarán las normas correspondientes a las cooperativas de consumidores y usuarios previstas en el artículo 88 LCoop. De acuerdo con este último precepto son cooperativas de consumidores y usuarios aquéllas que tienen por objeto el suministro de bienes y servicios adquiridos a terceros o producidos por sí mismas, para uso o consumo de los socios y de quienes con ellos conviven, así como la educación, formación y defensa de los derechos de sus socios en particular y de los consumidores y usuarios en general. Pueden ser socios de estas cooperativas, las personas físicas y las entidades u organizaciones que tengan el carácter de destinatarios finales. En estos casos, los consumidores suelen asociarse en cooperativas para obtener una asistencia sanitaria de mayor calidad a un menor precio. Estas cooperativas tienen por objeto el suministro de bienes y servicios adquiridos a terceros o producidos por sí mismas, para uso o consumo de los socios y de quienes con ellos conviven, así como la educación, formación y defensa de los derechos de sus socios en particular y de los

consumidores y usuarios en general, tal y como dispone el artículo 88 LCoop.⁵⁰²

2.7.4.c) Cooperativas sanitarias integrales

Estarían constituidas por prestadores de la asistencia sanitaria y por los destinatarios de la misma (“unos y otros”, como dice el artículo 102.1 LCoop). Su actividad sería, por tanto, doble ya que los socios prestadores de la asistencia sanitaria aportan su trabajo y los socios consumidores reciben la asistencia sanitaria de la cooperativa. De este modo nos encontraríamos en presencia de una cooperativa integral dado que se cumplen en una misma sociedad las finalidades propias de diferentes clases de cooperativas (de trabajo asociado y de consumidores y usuarios). En estos casos se aplicará por expresa remisión del artículo 102.2 la normativa sobre cooperativas integrales, prevista en el artículo 105 LCoop. Este último precepto define las cooperativas integrales como “aquéllas que, con independencia de su clase, su actividad cooperativizada es doble o plural, cumpliendo las finalidades propias de diferentes clases de cooperativas en una misma sociedad, según acuerdo de sus Estatutos y con observancia de lo regulado para cada una de dichas actividades. En

⁵⁰² GARCÍA PÉREZ, Rafael, “Las cooperativas sanitarias...”, ob.cit.p. 457. ROSEMBUJ, Tulio, “El consumo sanitario”, *I Jornadas de Cooperativismo Sanitario de Consumo*, 1986, p. 31 pone de manifiesto que la organización del consumo sanitario – bajo el prisma de la entonces vigente LGDCU de 1984 - adolecía de consolidar privilegios sociales, sacrificar la calidad del servicio, disminuir la capacidad adquisitiva o la indiferencia a la preferencia del usuario. Por eso, en aquel momento, la propuesta dentro del consumo sanitario era el reestablecimiento de la soberanía del consumidor mediante la asociación voluntaria y la autoorganización de los servicios por los propios usuarios. Es decir, reforzar la soberanía del consumidor colectivo.

dichos casos, su objeto social será plural y se beneficiará del tratamiento legal que le corresponda por el cumplimiento de dichos fines”⁵⁰³.

2.7.4.d) Aplicación de la disciplina de defensa del consumidor

Teniendo en cuenta la tripartición de sociedades cooperativas cabe plantearse si las cooperativas son consumidoras, sentado que el artículo 3.II TRLGDCU mantiene la peculiaridad española en virtud de la cual las personas jurídicas pueden tener tal condición. En este sentido, recordemos que el precepto, tras su modificación por la Ley 3/2014, establece que “son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Por otra parte, el artículo 23.1.II TRLGDCU equipara a las cooperativas de consumidores con las propias asociaciones de consumidores, señalando que “también son asociaciones de consumidores y usuarios las entidades constituidas por consumidores con arreglo a la legislación de cooperativas, que respeten los requisitos básicos exigidos en esta norma y entre cuyos fines figure, necesariamente, la educación y formación de sus socios, y estén obligadas a constituir un fondo con tal objeto, según su legislación específica”.

⁵⁰³ Desde el movimiento cooperativista se ha señalado que el modelo de cooperación entre cooperativistas productores y consumidores constituye la mejor solución en el ámbito sanitario, siendo cooperativas integrales por realizar funciones de distintas clases de cooperativas en una misma sociedad. Así, en TORNER, Carles, “El cooperativismo sanitario es una alternativa a la crisis actual de la sanidad a escala mundial”. *Revista de Cooperativismo Sanitario* nº 89, 2013, pp 40-44, pone de manifiesto en este punto que sólo a través de esta forma, se aplica adecuadamente la doble vertiente del cooperativismo sanitario: cooperativas de profesionales de la medicina articuladas con cooperativas de usuarios de la medicina, siempre que ello sea posible. Son las dos variables de la ecuación cooperativa, porque, de lo contrario, los productores estarán siempre a merced de los intermediarios.

Desde esta perspectiva, tradicionalmente se ha venido considerando integradas en el concepto de consumidor-persona jurídica a las asociaciones y a las fundaciones por carecer de ánimo de lucro⁵⁰⁴. Sin embargo, también se ha señalado que, aunque es cierto que las cooperativas no persiguen ánimo de lucro, proporcionan bienes o servicios a sus socios, normalmente a título oneroso, lo que lleva a cuestionar que puedan ser calificadas como consumidores⁵⁰⁵. Bajo nuestro punto de vista, si bien asociaciones y fundaciones pueden reputarse consumidoras, en el caso de las cooperativas sanitarias no cabe entender concurrente tal condición y ello porque en el fondo, aún con sus peculiaridades de disciplina y de régimen jurídico, tienen naturaleza societaria⁵⁰⁶. De otra parte, la equiparación que efectúa el artículo 23.1.II TRLGDCU en ningún caso sustituye un obstáculo insalvable dado que la misma debe entenderse tan sólo a los efectos de la extensión de los beneficios que el ordenamiento jurídico concede a las

⁵⁰⁴ Cfr., por todos, respecto de asociaciones y fundaciones FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y TORRES LÓPEZ, Francisco, en “Capítulo I. Ámbito de aplicación”, p. 68.

⁵⁰⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto, “Comentario al artículo 1”...ob.cit., p. 41. En contra DE LEÓN DE LEÓN ARCE, Alicia, “El consumo como realidad social económica y jurídica”...ob.cit., p. 140.

⁵⁰⁶ Como señalan URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y VÉRGEZ, Mercedes, “Sociedades cooperativas”..., ob.cit., p. 1283, las peculiaridades de las cooperativas no afectan, sin embargo, a su calificación como sociedades mercantiles pues así se deduce del artículo 124 Cco que permite otorgar esta calificación a las cooperativas que desarrollen su actividad con terceros y de la propia aplicación del estatuto jurídico del empresario y del fundamento de su regulación. En este sentido, PANIAGUA ZURERA, Manuel “Cooperativismo y defensa del consumidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº213, 1994, pp. 575-592 (en la edición electrónica de Westlaw BIB 1994\1514, por donde citamos, p.2) ha puesto de relieve que en el cooperativismo de consumidores y usuarios se aúna una doble vertiente: “1) Por una parte, un empresario colectivo que es titular de una empresa de distribución y, en su caso, de producción; 2) Por otra, la base social de este empresario, además de ser la clientela normal de la empresa, constituye una organización de consumidores y usuarios que asume como fin propio, no sólo la defensa de los intereses económicos de sus socios, sino también la defensa de los derechos e intereses colectivos de los consumidores y usuarios en general”.

asociaciones (v.gr. beneficio de justicia gratuita) pero no para otorgarle el status de consumidor. Así las cosas, entendemos que no sólo no tendrán la consideración de consumidores sino que, antes al contrario, tendrán la condición de empresario a efectos del Derecho de Consumo, esto es, de sujeto frente al que se protege al consumidor. En este sentido, quienes realmente son merecedores de tutela son los propios cooperativistas-personas físicas de ahí que, con acierto en nuestra opinión, el Código de Consumo de Cataluña de 2010, señale que tienen la consideración de consumidores “los socios cooperativistas en las relaciones de consumo con la cooperativa” [artículo 111-2.a)].

2.7.5.- Reglas especiales: cooperativas sanitarias organizadas como entidades aseguradoras y cooperativas de segundo grado

Resta hacer referencia a dos posibilidades que modulan el régimen jurídico aplicable a las cooperativas sanitarias. Así en primer lugar cabe que estén organizadas como empresas aseguradoras, en cuyo caso el artículo 102.2 LCoop exige que se ajusten, además, a la normativa mencionada en el artículo 101. Esta remisión supone que se regirán por lo establecido en la legislación del seguro y, con carácter supletorio, por la Ley de Cooperativas. En este sentido, el artículo 42 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, regula las Cooperativas de seguros, señalando que tienen por objeto la cobertura a los socios de los riesgos asegurados mediante una prima fija pagadera al comienzo del período del riesgo⁵⁰⁷. Cuando por imperativo legal no puedan desarrollar la actividad

⁵⁰⁷ El precepto determina que se regirán por las siguientes disposiciones: a) La condición de socio cooperativista será inseparable de la de tomador del seguro o de asegurado, siempre que este último sea el pagador final de la prima; b) Salvo disposición contraria de los estatutos sociales, los cooperativistas no responderán de las deudas de la sociedad. En el caso de

aseguradora, ésta deberá realizarse por sociedades mercantiles que sean propiedad, al menos mayoritaria, de las cooperativas sanitarias. A los resultados derivados de la participación de las cooperativas sanitarias en dichas sociedades mercantiles les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 57.3.a) LCoop.

Por otra parte, el artículo 102.3 determina que, cuando se trate de una cooperativa de segundo grado, es decir, de una cooperativa constituida por, al menos, dos cooperativas (artículo 8.II LCoop) e integre al menos una cooperativa sanitaria, aquélla podrá incluir en su denominación el término “sanitaria”. En este sentido, el precepto era útil cuando las cooperativas sanitarias no constituían un tipo social autónomo como sucedía en la Ley de 1987, habiendo perdido sentido práctico en la actualidad. No obstante, en la doctrina se ha justificado la mención en base a una supuesta preferencia nominal del calificativo “sanitaria”, de modo que con el inciso introducido en el artículo 102.3 se persigue “subrayar que en el caso de la cooperación secundaria sanitaria prevalece este último carácter (de actuación ante los problemas de la salud) sobre el nivel o escalón asociativo”, produciéndose “un fenómeno de contagio o

que, conforme a los estatutos sociales, los cooperativistas respondieran de las deudas de la sociedad, su responsabilidad se limitará a una cantidad igual al importe de la prima anual correspondiente a cada uno de ellos. La cláusula estatutaria sobre responsabilidad personal del socio cooperativista por las deudas sociales deberá figurar en las pólizas de seguro de forma destacada; c) La inscripción en el Registro Mercantil y registro de sociedades cooperativas correspondiente deberá tener lugar con carácter previo a la autorización administrativa regulada en el artículo 20; d) En lo demás, se regirán por las disposiciones de esta Ley, su desarrollo reglamentario, y por los preceptos del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital a los que se remite, así como por las disposiciones reglamentarias que la desarrollen y, supletoriamente, por la legislación de cooperativas. Las cooperativas sometidas a ordenación y supervisión de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en materia aseguradora se regirán por las disposiciones dictadas por aquéllas, por las disposiciones de esta Ley y las normas que la desarrollen y, supletoriamente, por los preceptos del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

irradiación del componente sanitario hacia la superestructura societaria”⁵⁰⁸. Discrepamos de tal prevalencia dado que el propio precepto se configura con carácter potestativo (“podrá”), por lo que la incorporación del adjetivo “sanitaria” quedará a la discreción de los socios. Creemos por ello que resulta más bien una inercia histórica del legislador en relación con el texto legal de 1987⁵⁰⁹.

2.8.- Referencia a las Agrupaciones de Interés Económico como fórmula consorcial para la prestación de servicios sanitarios

La Agrupación de Interés Económico constituye una figura asociativa sin ánimo de lucro cuyo único fin es facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros⁵¹⁰. Resulta regulada en la Ley

⁵⁰⁸ CANALEJO, Narciso, “De las cooperativas sanitarias” ob.cit., 818.

⁵⁰⁹ Más asumible resulta la explicación de GARCÍA PÉREZ, Rafael, “Las cooperativas sanitarias....”, ob.cit. p.459 que señala que “el precepto, en todo caso, refleja la importancia de mercado y la carga valorativa que comporta la inclusión del término “Sanitaria” en la denominación de la cooperativa. Probablemente sea ventajoso para una cooperativa presentarse en el mercado como cooperativa “sanitaria”, término que permite individualizarla mejor a los ojos del público y le concede un valor adicional, que reporta una ventaja competitiva frente a una cooperativa que se denomine “de segundo grado”, “de trabajo asociado”, “de consumidores y usuarios” o “de servicios”. La pugna por el reconocimiento del cooperativismo sanitario como fenómeno relevante y alternativa apropiada a otras formas de prestación de la asistencia sanitaria comienza por la reivindicación de un nombre distinto y característico para las cooperativas que desarrollan su actividad en el área de la salud”.

⁵¹⁰ Viene a sustituir a la antigua figura de las agrupaciones de empresas, reguladas en un primer momento por la Ley 196/1963, de 28 de diciembre, y luego por la Ley 18/1982, de 26 de mayo. Deben diferenciarse de otras fórmulas de colaboración empresarial como las Uniones Temporales de Empresas, que carecen personalidad jurídica propia y se encuentran reguladas en la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas, cuyo artículo 7 las define como “el sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro”. Por el contrario, la agrupación de interés económico es auténtica sociedad en sentido estricto (PAZ-ARES, Cándido, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen I, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1999, p. 736)

12/1991, de 29 de abril, de Agrupaciones de Interés Económico (en adelante LAIE) siéndole de aplicación supletoria las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza (artículo 1 LAIE)⁵¹¹. Tal y como establece el artículo 4 de la norma, “estas agrupaciones sólo podrán estar constituidas por personas físicas o jurídicas que desempeñen actividades empresariales, agrícolas o artesanales, por entidades no lucrativas dedicadas a la investigación y *por quienes ejerzan profesiones liberales*”⁵¹². Este último inciso nos lleva a considerar las agrupaciones de interés económico como supuesto a través del cual puede optimizarse la prestación de servicios sanitarios. En este sentido, en el ámbito sanitario podrán constituirse como herramienta consorcial que auxilia la labor de los socios, que podrán ser bien personas jurídicas o

⁵¹¹ En el ámbito comunitario, se reconoce la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico que constituye un ente asociativo nacido de un contrato de agrupación cuya finalidad es facilitar o desarrollar la actividad económica de sus miembros, mejorar o incrementar los resultados de esta actividad. Se rigen por el Reglamento CEE 2137/1985, de 25 de julio. En relación con aquéllas que tengan su domicilio en España se les aplicara lo dispuesto en la Ley 12/1991, de 29 de abril, en aquellos aspectos en los que dicho reglamento remita o habilite a la legislación interna. En todo caso, téngase en cuenta que la regulación comunitaria y española no es plenamente equivalente ya que mientras la AIE europea es un tipo autónomo, la española se inscribe en el marco de la sociedad colectiva ex artículo 1 LAIE, cuya normativa se declara supletoriamente aplicable (MIRANDA SERRANO, Luis, “Las sociedades mutualistas y las instituciones de inversión y financiación colectiva” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (Coord.), Lecciones de Derecho Mercantil, 12ª ed. Tecnos, Madrid 2008, p. 309. En el mismo sentido, MARTÍN REYES, María Ángeles, “Las agrupaciones de interés económico”, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 25, 1993, p. 21.

⁵¹² Respecto a la responsabilidad de los socios, se sigue el esquema general de las sociedades de personas por lo que el artículo 5 LAIE establece que “*los socios de la Agrupación de Interés Económico responderán personal y solidariamente entre sí por las deudas de aquélla. La responsabilidad de los socios es subsidiaria de la Agrupación de Interés Económico*”. Este tipo de responsabilidad ha sido declarada en STS de 8 febrero de 2007 (RJ 2007, 921); STS de 4 mayo de 2006 (RJ 2006, 2208). En la jurisprudencia menor SAP de Barcelona de 26 octubre 2005 (JUR 2005, 260124), SAP de Barcelona de 22 enero 2004 (AC 2004, 701) y SAP de Asturias de 13 abril de 2000 (AC 2000\3393).

incluso personas físicas que desarrollen la profesión liberal médica, para favorecer la competitividad a través del auxilio de la cooperación interempresarial y con un único objetivo: acrecentar los resultados económicos de sus miembros.

La naturaleza auxiliar e instrumental de la agrupación constituye su nota distintiva y, en este sentido, el artículo 3 LAIE determina que “el objeto de la Agrupación de Interés Económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios”. A tal efecto, la doctrina ha puesto de manifiesto que dicha instrumentalidad, directamente relacionada con su ausencia de ánimo de lucro para sí misma (artículo 2.2 LAIE)⁵¹³, implica que si la agrupación ofreciese sus prestaciones finales a terceros estaría actuando fuera de su finalidad mutualista y consorcial y, por tanto, estaría contradiciendo el esquema causal configurado por el legislador⁵¹⁴. Como señala la Exposición de Motivos de la ley, el contenido auxiliar de la Agrupación consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquellos que no se oponga a esa limitación. Se trata, por tanto, de un instrumento de los socios agrupados, con toda amplitud que sea necesaria para sus fines, pero que nunca podrá

⁵¹³ Como señala VICENT CHULIA, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 14ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p.571, ello no quiere decir que no existan beneficios dado que de lo contrario no tendrá sentido que el Reglamento europeo de AIE las exista del impuesto de sociedades. Lo que ocurre es que el beneficio social, al igual que en la cooperativa, se habrá de retornar a los socios. En este sentido, el artículo 21 LAIE indica que los beneficios y pérdidas procedentes de las actividades de la Agrupación serán considerados como beneficios de los socios y repartidos entre ellos en la proporción prevista en la escritura o, en su defecto, por partes iguales.

⁵¹⁴ PAZ-ARES, Cándido, “Uniones de empresas y grupos de sociedades...”, ob.cit. p. 739. En este sentido, el autor también defiende que si, a pesar de todo, la agrupación llega a operar en el tráfico ha de ser tratada como una sociedad mercantil irregular (colectiva) o, en su caso, como una sociedad civil (p. 743).

alcanzar las facultades o actividades de uno de sus miembros⁵¹⁵. Siendo así las cosas, una agrupación de interés económico dentro del ámbito sanitario podría auxiliar a sus socios en el desarrollo de sus labores asistenciales dentro del ámbito estrictamente privado e interno, por ejemplo, facilitando medios tecnológicos y materiales para el desarrollo de su actividad asistencial, pero no prestando directamente asistencia sanitaria a los usuarios. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la anterior afirmación debe modularse en el ámbito de la contratación pública toda vez que la normativa comunitaria reconoce a las agrupaciones de interés económico la posibilidad de concurrir como tales a licitaciones públicas lo que supondría, al menos en potencia, la posibilidad de prestación de asistencia sanitaria pública en régimen de gestión indirecta cuando el contrato licitado sea un concierto sanitario⁵¹⁶.

⁵¹⁵ La Resolución de la DGRN de 28 abril 1993 (RJ 1993\300) efectuó dos precisiones: “1ª) «auxiliar», en el sentido que esta expresión tienen en el art. 3, ap. 1, Ley 12/1991, de 29 abril subordinada, sino relacionada con la actividad de los miembros; el preámbulo de la Ley admite expresamente como objeto de la Agrupación «cualquier actividad vinculada» (con la de los miembros). 2ª) El carácter auxiliar de la Agrupación puede desenvolverse de dos distintas maneras: En la primera, la actividad de la Agrupación consiste en una determinada prestación que la Entidad desarrolla en favor de sus miembros, dando lugar a la realización de un determinado servicio que redunde en el beneficio -de actividad o de rendimiento económico- de los miembros; en la segunda, la actividad de la Agrupación consiste en coordinar u organizar las distintas actividades de sus miembros (dando lugar a una actuación conjunta o complementaria de éstos). Tanto en las agrupaciones de prestación, como en las agrupaciones de coordinación, la entidad desarrolla una actividad auxiliar de sus miembros”.

⁵¹⁶ En el ámbito europeo, ya la Comunicación de la Comisión 97/C 285, de 20 de septiembre de 1997 no limitaba la posibilidad de las agrupaciones de interés económico para participar en los procesos de licitación pública, estableciendo que “en cuanto a la participación de las AEIE en licitaciones públicas, hay que señalar que las Directivas comunitarias en este ámbito no contiene disposición alguna que pudiera suponer un obstáculo a dicha participación. Al contrario, las Directivas de contratación pública prevén todas las posibilidades de que las agrupaciones participen en las licitaciones sin exigirles una forma jurídica específica”. En el momento de emisión de la anterior comunicación de la Comisión, se encontraban vigentes en el ámbito

Así, la STJUE, de 14 de abril de 1994 (Asunto C-389/92, Ballast Nedam Groep NVC/Belgischer Staat), declaró que “podrán optar a la adjudicación de contratos públicos de obras, no solamente las personas físicas o jurídicas que ejecuten las obras, sino también una persona que las haga ejecutar a través de agencias o sucursales, que recurra a técnicos u órganos técnicos exteriores, o una agrupación de contratistas, cualquiera que sea su forma jurídica”. En todo caso, más allá de dicho supuesto, que tiene más que ver con la relación interna entre Administración y

europeo de la contratación pública la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, la Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y la Directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que nada establecían en contra de la participación de las agrupaciones de interés profesional en los procesos de licitación pública. Posteriormente este conjunto de Directivas europeas fueron refundidas en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de diciembre, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios, que es derogada por la reciente Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo o del Consejo, de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, sólo con efecto desde el 18 de abril de 2016, tal y como establece su artículo 91. La nueva Directiva, cuya fecha límite de transposición al ordenamiento interno finaliza el 18 de abril de 2016 (artículo 90), sí cuenta con una alusión específica a las agrupaciones de operadores económicos en la contratación pública, determinando en su artículo 19.2 que “*las agrupaciones de operadores económicos*, incluidas las asociaciones temporales, pueden participar en procedimientos de contratación. Los poderes adjudicadores no les exigirán que tengan una forma jurídica específica para presentar una oferta o una solicitud de participación. En caso necesario, los poderes adjudicadores podrán precisar en los pliegos de la contratación las condiciones que deben reunir las agrupaciones de operadores económicos para cumplir los requisitos sobre situación económica y financiera o capacidad técnica y profesional (...)”. Por tanto, en línea de principio, las agrupaciones de interés económico, podían y podrán formar parte de la contratación del sector público, pues gozan de personalidad jurídica propia y carácter mercantil, siempre que cumplan lógicamente con el resto de previsiones legales que exige el ordenamiento jurídico y su objeto social coincida con el del contrato que se pretende adjudicar. Desde esa perspectiva, en el ámbito sanitario podrían concurrir a la licitación de la gestión indirecta de servicios públicos sanitarios.

contratista, la agrupación de interés económico no constituye un supuesto de prestador de servicios sanitarios. Es por ello que, a nuestro juicio y fuera de los supuestos de contratación pública, que tienen una disciplina específica en relación con la responsabilidad del contratista en tanto delegado de la Administración, en el ámbito privado y justamente porque no puede prestar directamente servicios sanitarios en el mercado, un paciente perjudicado no podría demandar a la agrupación sino que la responsabilidad debiera deducirse frente a los socios prestadores.

CAPITULO III

TÍTULOS CONTRACTUALES DE ACCESO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

CAPÍTULO III

TÍTULOS CONTRACTUALES DE ACCESO A LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS

1.- LA PRESTACIÓN DIRECTA A TRAVÉS DEL CONTRATO DE SERVICIOS SANITARIOS: PLANTEAMIENTO CONCEPTUAL

1.1.- El carácter potencialmente contractual de la actividad sanitaria

Como es sobradamente conocido, la relación asistencial entre médico y usuario puede articularse jurídicamente a través de un contrato privado de servicios médicos⁵¹⁷. No obstante, no siempre se ha contemplado dicha relación desde la óptica contractual, sino que, antes al contrario, la tesis de su carácter extracontractual llegó a tener cierto

⁵¹⁷ Una vez estudiemos lo que denominamos “*prestación directa*” de servicios sanitarios, abordaremos el análisis de las relaciones jurídicas entre prestador y usuario derivadas del seguro de asistencia sanitaria (“*prestación indirecta*”). Excluimos, por exceder con mucho del objeto nuestra investigación, el aseguramiento público obligatorio derivado de la condición de asegurado o beneficiario de la Seguridad Social como título de acceso a la asistencia sanitaria, cuestión que, además, no tiene naturaleza contractual sino jurídico-pública. En todo caso, repárese en que el acceso a los servicios públicos de salud, tras la reforma sanitaria de 2012 también descansa en el aseguramiento público del usuario. En efecto, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, ha modificado profundamente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, determinando que la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantiza a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado (artículo 3). En este sentido, ‘la arquitectura institucional del título de acceso al sistema público no difiere sustancialmente, desde el punto de visto de su diseño dogmático, no así de su régimen jurídico, del acceso a la red privada, dado que la prestación sanitaria se articula sobre el *supraconcepto de seguro*: a cambio de una prestación económica (prima o cotización) se cubre por el asegurador, sea privado o público, un riesgo -la pérdida de la salud- dentro de los límites de cobertura de la póliza (seguro privado) o de la cartera de servicios (seguro público).

predicamento académico. En este sentido, fue la doctrina francesa decimonónica la que negó el carácter contractual de la relación médico-paciente, bajo la influencia de la concepción romana de la misma como vínculo de amistad basado en la beneficencia, circunstancia que excluía la percepción de una contraprestación económica, dado que los honorarios eran, en realidad, un premio al honor⁵¹⁸.

Recogiendo dicha idea matriz, para AUBRY y RAU los actos que surgían del ejercicio de una profesión literaria, científica o artística no podían ser directamente objeto de un contrato, lo que motivaría que quien los prometió no podía ser civilmente obligado a cumplir con tal promesa. De ahí que el compromiso contraído por un facultativo de tratar a un enfermo no produciría acción contractual alguna frente a aquél. En consecuencia, los actos de ejercicio de una profesión literaria, científica o artística, entre los que cabe incluir la medicina, no constituirían ni locación de servicios ni siquiera contrato civilmente obligatorio. La inteligencia del ser humano no radicaría en el comercio y tampoco lo estaría en los frutos de ese intelecto. Dichos actos, en nuestro caso actos médicos, constituirían una gentileza de quien los ofreció, de modo que el sentido moral, como los principios jurídicos, censurarían la pretensión de aquél que intentase reclamar daños y perjuicios por incumplimiento de tal ofrecimiento o promesa⁵¹⁹.

No obstante su carácter minoritario, esta tesis encuentra aún cierto eco en algunos autores para quienes resultaría imposible incorporar el

⁵¹⁸ Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, "Configuración jurídica de los servicios médicos"..., ob.cit., p. 341.

⁵¹⁹ Cfr. AUBRY, Charles y RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Tomo 5, 5ª ed., Marchal et Villard, París, 1907, § 371 bis, p. 388. Su tesis ha tenido continuidad en MIGNON, Máxime, "Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens", *Recueil Dalloz périodique et critique de jurisprudence, de législation, et de doctrine*, nº II, 1950, p. 121.

ejercicio de la medicina a la esfera del contrato, sin provocar disonancias y dificultades de adaptación irreductibles. El particularismo de la relación médico-paciente sería tal, que haría poco factible aplicarla a la mayoría de los mecanismos contractuales ordinarios⁵²⁰. También se ha negado la naturaleza contractual de la relación bajo otros argumentos como la ilicitud del objeto del contrato por recaer sobre el cuerpo humano, de modo que sobre la salud y la vida no se podría llegar a ninguna transacción, base del contrato, o la circunstancia de que las obligaciones del facultativo no nacerían del contrato sino de la ley y de los códigos profesionales⁵²¹.

Tales argumentos no pueden encontrar, a nuestro juicio, una acogida favorable. Las especialidades de la relación médico-usuario modulan indudablemente su vínculo jurídico pero en ningún caso constituyen un obstáculo insalvable para articularlo contractualmente. Por otra parte, la tesis acontractualista confunde el objeto del contrato, que no recae en el cuerpo humano sino en la prestación de servicios sanitarios. Finalmente, el hecho de que la actuación médica se encuentre sujeta a las reglas nacidas de la Ley no impide que la responsabilidad médica resulte contractual. En efecto, las normas de *ius cogens* que regulan el ejercicio de la actividad médica constituyen en todo caso límites imperativos del principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 1.255 CC pero no hacen desaparecer su potencial contenido contractual. Al margen de lo anterior, late en todo el planteamiento acontractualista una concepción de la medicina como actividad inspirada en la beneficencia que la haría

⁵²⁰ PREVOT, Juan Manuel, “El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 15, 2010, p. 150, pp. 143-178, quien señala que “de hecho, muchos de los remedios ideados para el régimen contractual, se vuelven inverosímiles en materia de responsabilidad médica”.

⁵²¹ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *De la responsabilidad civil médica*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990, p. 78.

incompatible con la noción de contrato. Sin embargo, dicha concepción filantrópica del arte médico debe considerarse hoy absolutamente superada. A estos efectos, cabe traer a colación el célebre *Arrêt de la Cour de Cassation* francesa de 20 de mayo de 1936 (Caso *Mercier*), que dejó clara la naturaleza contractual de la relación médica señalando que:

*“Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l’engagement, sinon bien évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserve faite des circonstances exceptionnelles, conformes aux dones acquises de la science; la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle”*⁵²².

Como venimos señalando, no cabe, en nuestra opinión, poner en tela de juicio la naturaleza contractual de la relación asistencial privada, sin perjuicio de que se trate de un vínculo jurídicamente complejo y singular por diversos motivos⁵²³. En primer término, porque los derechos

⁵²² Consigna pues la sentencia que “entre el médico y su cliente se forma un *verdadero contrato* [la cursiva es nuestra] que comporta para el facultativo la obligación, si no de curar al enfermo, sí la de prestarle asistencia tal que parezca enunciar una atención ordinaria, sino concienzuda y atenta, salvo circunstancias excepcionales, conforme a las reglas del arte, y la violación incluso voluntaria de esta obligación contractual es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, es decir, contractual”. Cfr. *Recueil Periodique de Jurisprudence de Dalloz*, 1936, t. I, p. 88. No obstante, pese a que la sentencia de casación francesa constituye cita obligada, no está de más recordar que el carácter contractual de la relación fue expresamente reconocido incluso un par de años antes por la jurisprudencia española en la STS de 19 mayo de 1934, si bien no será hasta la STS de 18 de enero de 1941 cuando se refleje más claramente la existencia de un contrato entre médico y paciente.

⁵²³ Como señala GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos”, ob.cit..., p. 334, no es tarea sencilla “definir el

de una de las partes contratantes, el usuario, no son meras facultades contractuales sino que entroncan con derechos constitucionales de naturaleza fundamental como el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 CE), lo que, sin duda, condiciona y modula su configuración. En segundo lugar, la relación jurídica se encuentra presidida por el principio de autonomía del paciente, corolario necesario de la dignidad humana que, como fundamento del orden político y de la paz social, proclama el artículo 10 CE. Por último, se trata de una relación asimétrica en la que una de las partes se encuentra en una situación de inferioridad frente a la otra que el ordenamiento jurídico persigue reequilibrar. Todo ello, condiciona la actividad del prestador hasta el punto de que, en ausencia de un tipo contractual autónomo claramente definido, debemos acudir al artículo 1.258 CC para integrar el contrato, como más tarde veremos.

En todo caso, no cabe negar la existencia de supuestos en los que la actividad sanitaria se desenvolverá al margen del cauce contractual directo, más allá del caso de la asistencia sanitaria pública, en la que la responsabilidad patrimonial de la Administración pública tiene carácter extracontractual, o de la responsabilidad aquiliana del médico ligado a las compañías de seguro de asistencia sanitaria. Nos referimos aquí a la actividad médica privada sin contrato como ocurriría en el caso de la asistencia sanitaria espontánea y urgente, en la que se atiende a un sujeto en estado de inconsciencia, víctima de un accidente o enfermedad

contrato de servicios médicos, alambicar sus caracteres esenciales y las obligaciones de él desprendidas, que constituyen sus efectos; mas la misma dificultad existe para otras convenciones que, asimismo, se establecen de modo normalmente tácito (por ejemplo, con abogados o arquitectos) y nadie pensó jamás en negar su existencia”.

repentinos⁵²⁴. En este supuesto, la responsabilidad por la prestación de servicios tendrá carácter extracontractual⁵²⁵. No obstante, se ha defendido doctrinalmente que este sería un supuesto de cuasicontrato consistente en la gestión de negocios ajenos sin mandato en el que el médico intervendría como gestor⁵²⁶. En este sentido, recordemos que el artículo 1.188 CC establece que “el que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí”.

De la lectura del precepto, se infiere el carácter generalmente patrimonial de negocio gestionado que se compadece mal con la actividad consistente en la prestación de un servicio sanitario. Por otra parte, la asistencia médica urgente, además de encuadrarse en una obligación

⁵²⁴ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, “La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas” en *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº 2, 2002, p. 495; GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 22; FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, Granada, 2007, p. 33; PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014, p. 25.

⁵²⁵ En todo caso, conviene no confundir los supuestos de responsabilidad extracontractual del médico con los de actividad médica sin contrato. Así, por ejemplo, en caso de daño delictivo la responsabilidad civil derivada de la penal tiene carácter extracontractual pero la lesión puede haberse producido como consecuencia de la ejecución de un contrato de servicios sanitarios.

⁵²⁶ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos”,...ob. cit., 1965, pp. 334 y 335; SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 813; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José, Manuel, “Responsabilidad civil derivada de asistencia médica” en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Bosch, Barcelona 2008, pp. 1057 y 1058.

deontológica⁵²⁷, resulta un deber cuyo incumplimiento puede resultar constitutivo de un delito de la omisión del deber de socorro⁵²⁸. En este sentido, recurrir a la figura de la gestión de negocios ajenos resulta, a nuestro juicio, un escorzo teñido de un afán de excesivo dogmatismo. Nos adherimos por ello a la postura de quienes consideran que el supuesto no merece recibir tal calificación⁵²⁹, de modo que, en estos casos residuales, la

⁵²⁷ El artículo 6 del Código de Deontología Médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos aprobado el 9 de julio de 2011 señala lo siguiente: “1 Todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o al accidentado. 2. El médico no abandonará a ningún paciente que necesite sus cuidados ni siquiera en situaciones de catástrofe o epidemia, salvo que fuere obligado a hacerlo por la autoridad competente o exista un riesgo vital inminente para su persona. Se presentará voluntariamente a colaborar en las tareas de auxilio sanitario”.

⁵²⁸ El Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, contempla dos tipos penales en el delito de omisión del deber de socorro: un tipo general en el artículo 195.1 (“ El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses”) y un tipo especial agravado en el artículo 196 para el caso del profesional sanitario (“El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”).

⁵²⁹ PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa...*, ob.cit., p.26, resume brillantemente tanto la tesis antecitada en favor de *negotium gestio* como la contraria a tal calificación, apoyando esta última sobre la base de dos argumentos. En primer lugar, resulta impropio aplicar el término negocio a la intervención profesional sanitaria que, por ejemplo, ante una emergencia estaría, tanto ética como legalmente, obligado a brindar el médico. En segundo término, recuerda que, para hablar de gestión de negocios, se requiere que el gestor obre sin sujeción a un deber u obligación previa, condición que puede faltar en muchos supuestos pero no en una intervención médica de urgencia en que, a lo menos, tendría un deber moral, e incluso el legal, de prestar auxilio a quien lo requiera. Con cita en apoyo de esta posición, que personalmente compartimos, de FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica...*, ob.cit., p. 34; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 30 y ss; JORDANO FRAGA, Francisco, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del

fuente de la obligación médica nacerá de la culpa extracontractual y no del cuasicontrato.

1.2.- Configuración del contrato

Descartadas la hipótesis acontractualista y la tesis del cuasicontrato, podemos afirmar la naturaleza contractual de la relación jurídico-privada entre médico y paciente. Conviene subrayar que, desde la perspectiva terminológica, este tipo de contrato ha recibido diferentes denominaciones como consecuencia de su atipicidad: “contrato de servicios médicos”⁵³⁰, “contrato de atención médica”⁵³¹, “contrato de gestión de servicios médicos”⁵³², “contrato médico”⁵³³ o “contrato de tratamiento médico”⁵³⁴. A nuestro juicio, resulta preferible acuñar la denominación de “contrato de servicios sanitarios” por un triple motivo. En primer lugar, y sin perjuicio de lo que más tarde expondremos sobre su

médico”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 1985, p. 34; y, en la doctrina francesa, PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*, 3ª ed., Dalloz, París, 2004, p.28.

⁵³⁰ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “En la convergencia de dos humanismos: medicina y derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 30, nº 2, 1977, pp. 273-335. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 29; FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*,... ob.cit. *passim*.

⁵³¹ KORNPORST, Louis y DELPHIN, Sabine, *Le contract de soins médicaux*, Sirey, París, 1960; LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob. cit., p. 54.

⁵³² PÉREZ ECHENIQUE, Francisco, *El contrato de gestión de servicios médicos desde la dogmática jurídica*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010.

⁵³³ FORGES, Jean Michel y SEUVIC, Jean François, *L’Hospitalité*, Berger-Levrault, París, 1983; PIZARRO WILSON, Carlos “El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, nº 3, pp. 825-843; MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *Derecho Médico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1988, p.110, quien también emplea el término “contrato asistencial”.

⁵³⁴ Artículo IV.C.-8 del *Draft of a Common Frame of Reference* (DCFR) al que luego haremos referencia de forma más pausada.

naturaleza jurídica, el negocio contractual tiene como objeto fundamental una obligación de hacer⁵³⁵, esto es, una prestación de servicios, razón por la que la incorporación del término “servicios” resulta clarificadora.

En cuanto al adjetivo “sanitarios”, debe tenerse en cuenta que tales servicios pueden tener naturaleza médica *stricto sensu* o, también, comprender obligaciones extra-médicas pero indisociablemente ligadas por una relación medial a las anteriores. Resulta evidente que el paciente también recibe o puede potencialmente recibir cuidados de enfermería, transporte sanitario o, incluso, de hospedaje y alimentación cuando requiere hospitalización. Por ello entendemos más adecuado recurrir a un adjetivo omnicomprendivo desde el punto de vista prestacional⁵³⁶. Es cierto que en el caso de hospitalización, la mayor parte de la doctrina y, desde luego, la jurisprudencia, diferencia entre contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios, también denominado contrato de clínica o contrato de hospitalización⁵³⁷. No obstante, bajo

⁵³⁵ Ello no excluye la existencia de obligaciones accesorias de dar (v.gr. proporcionar medicamentos y productos sanitarios).

⁵³⁶ Si bien en relación con el ámbito público, es ilustrativo el comentario de PEMÁN GAVÍN, Juan María, “Las prestaciones sanitarias públicas. Configuración actual y perspectivas de futuro”, *Revista de Administración Pública*, nº 156, pp. 105 y 106, donde explica que, por la amplitud y heterogeneidad de su contenido, la asistencia sanitaria engloba un amplio abanico de prestaciones complejas, que van desde el característico y prototípico “*facere* cualificado o técnico, a cargo de los correspondientes servicios asistenciales - el tratamiento médico [...] en todas sus variantes y modalidades, que van desde el simple reconocimiento o revisión, hasta las intervenciones quirúrgicas más complejas o los tratamientos con aparatos altamente sofisticados”; como al típico *dare*, referido a la “entrega de algún objeto o cosa que requiera la persona atendida”—tales como “medicamentos y efectos sanitarios, prótesis o vehículos para inválidos”.

⁵³⁷ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...*, ob. cit., p.289. CARPIO GONZÁLEZ, Francisco, “El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad civil médico-sanitaria derivada del mismo”, en VV.AA. *Escritos jurídicos en memoria de Francisco Carpio Mateos*, Vol. 1, 2009, pp. 129-168.

nuestro punto de vista, la inclusión de prestaciones adicionales no justifica suficientemente la configuración de una figura contractual diferente, especialmente si atendemos a la causa del contrato como elemento esencial del mismo *ex* artículo 1.261 CC. En este sentido, la causa, entendida como finalidad económico-social del contrato, no es otra que el despliegue de medios necesarios para el diagnóstico y tratamiento del usuario, siendo obvio que dicho fin es común a ambas categorías. En este sentido, nuestra propuesta permitiría reconducir dos contratos atípicos (servicios médicos y servicios hospitalarios) a una única categoría contractual cuya prestación principal no es otra que proporcionar los servicios precisos para intentar la recuperación de la salud del enfermo. No obstante, más tarde veremos que no es esta la postura del Tribunal Supremo que viene atribuyendo al contrato de clínica caracterización propia. Adicionalmente, la expresión “servicios sanitarios” es la que luce en el artículo 148 TRLGDCU, y sin perjuicio de que el régimen de responsabilidad diseñado por el precepto no se haya hecho extensible por la jurisprudencia a los actos médicos sino a los aspectos funcionales del servicio, entendemos que es la más integradora de la categoría contractual que aquí estudiamos.

Finalmente, la idea de un contrato de servicios sanitarios permite trascender la tradicional concepción del contrato de servicios médicos como categoría exclusivamente aplicable a la relación jurídica asistencial desarrollada por uno o varios médicos bajo el régimen de profesional liberal, permitiendo la construcción científica de un supraconcepto que abarque las diferentes modalidades de prestación. A estos efectos, cabría diferenciar dos diferentes tipos de relaciones que permiten el acceso a la asistencia sanitaria privada, exclusión hecha de los conciertos con que cuentan determinadas mutualidades funcionariales:

a) la relación indirecta entre prestador sanitario y usuario, cuando existe un tercero -la compañía aseguradora- en virtud de un contrato de seguro de asistencia sanitaria en los términos del artículo 105 LCS, que será oportunamente estudiada.

b) la relación directa entre prestador sanitario y usuario. En este caso, el facultativo-persona física puede ser parte contractual, en cuyo caso actúa como prestador en la condición de profesional liberal, o bien puede suceder que el prestador sea un tercero, persona física o jurídica, bajo cuyo manto interviene el profesional, ya sea mediante un contrato de trabajo o de un contrato mercantil. Cabe también la posibilidad de que el médico sea socio del prestador societario que adopta forma de sociedad mercantil. También resulta posible que el facultativo forme parte de una sociedad de profesionales, de una cooperativa o de una agrupación de interés económico, variantes posicionales que ya han sido analizadas en otro lugar de este trabajo. En todos los casos, nótese que lo relevante para nuestro estudio radica en la decisiva circunstancia de que el vínculo contractual que el usuario establece lo es directamente con el prestador del servicio sanitario, que se configura así como centro de imputación de derechos y obligaciones contractuales, con independencia de la naturaleza jurídica de su personificación. En este sentido, esta amplia configuración de la relación prestacional es expresamente recogida tanto en el artículo 89 LGS (“se reconoce la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la Constitución”) como en el artículo 40.2 LOPS (“La prestación de servicios por cuenta propia o ajena podrá efectuarse mediante cualquiera de las formas contractuales previstas en el ordenamiento jurídico”).

Sentadas las premisas anteriores, podemos ensayar un concepto de contrato de prestación de servicios sanitarios definiéndolo como “aquél por el cual una de las partes, denominada prestador, asume una

obligación, generalmente de medios y eventualmente de resultado, consistente en el diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la otra parte, denominada usuario, que se obliga a pagar un precio por ello”. Como puede fácilmente observarse, en la definición propuesta ya adelantamos ciertas ideas-fuerza del contrato: su carácter como contrato de servicios, la regla general de la responsabilidad subjetiva del prestador y la emergencia de la figura del usuario, postergando el tradicional término de paciente, lo que nos permitirá calificarlo como contrato de consumo. Ello no obstante, su naturaleza jurídica ha sido objeto de discusión doctrinal lo que exige la valoración de las diferentes tesis que se han llegado a formular para culminar con una proposición propia.

2.- NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS: POSICIONES DOCTRINALES Y SU REFUTACIÓN.

2.1.- La tesis de la calificación como contrato de mandato

Durante cierto tiempo, los servicios profesionales liberales se ubicaron dentro de la figura del mandato. Partiendo del concepto de mandato como contrato por el que “se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra” (artículo 1.709 CC), dicha tesis hunde sus raíces en una determinada concepción romana de la prestación de servicios médicos que llegó a calificarse, según algún sector doctrinal, como mandato, en la que el paciente sería el mandate, el facultativo el mandatario y la asistencia sanitaria el objeto de la encomienda. Como ya hemos analizado en la primera parte de este trabajo, dicha calificación derivaría de la relación de *amicitia* y confianza entre galeno y enfermo, que excluiría el carácter oneroso del arrendamiento de servicios. Sobre dicha concepción romanista, desde

luego discutida y no pacífica⁵³⁸, se basa la tesis de la calificación del contrato como mandato, sobre todo teniendo en cuenta las notas de buena fe y gratuidad que le inspiran como características. En este sentido, tuvo especial predicamento en la doctrina francesa decimonónica⁵³⁹ y llegó a acogerse en la jurisprudencia española de principios de siglo XX⁵⁴⁰. Existe incluso hoy en día una tesis minoritaria que sigue manteniendo el carácter de mandato, no ya de los servicios médicos sino de todos los servicios profesionales en general⁵⁴¹.

No obstante, cabe rechazar esta tesis por varios motivos. En primer lugar, y este nos parece el argumento principal de refutación, la

⁵³⁸ En contra, cfr., por todos, NUÑEZ PAZ, Isabel, "Status del médico y responsabilidad civil"..., ob.cit. p. 400.

⁵³⁹ Tempranamente, TROPLONG, comentarista del *Code Napoléon* de 1804 a la par que presidente de la *Cour de Cassation* francesa, consideró que las normas del código en materia de mandato (artículos 1.894 y siguientes) eran aplicables a los servicios prestados por profesionales liberales [TROPLONG, Raymond, *De l'échange et du louage: Commentaire des Titres VII et VIII du Livre III du Code Civil*, Bruxelles, 1841, p. 232]. También, en esa misma línea, BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3ª ed., París, 1907, p. 187.

⁵⁴⁰ STS de 22 de febrero y de 14 de junio de 1907 que entienden que los servicios profesionales de un letrado son constitutivos de contrato de mandato. Posteriormente la STS de 27 de diciembre de 1915 supone una línea intermedia al entender que el derecho del profesional a la retribución nace tanto de su condición de mandatario como de arrendador. Desde la STS de 25 de febrero de 1920, la STS de 22 de enero de 1930 y, muy especialmente, referida a servicios profesionales médicos, la STS de 16 de febrero de 1935, el Alto Tribunal concibe los servicios profesionales como supuesto de arrendamiento de servicios. Se pronunciará de forma tajante en la STS de 7 de noviembre de 1940 y en la STS de 18 de enero de 1941, a la que luego aludiremos.

⁵⁴¹ Así, ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*..., ob.cit., pp.165 a 168; RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, "El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, nº 2, 2001, p. 689 pp. cree que es posible mantener que el codificador del siglo XIX quiso regular la relación contractual entre profesional y cliente dentro de la normativa del contrato de mandato del Código Civil, mientras que dentro del contrato de arrendamiento de servicios solamente habría querido dejar el trabajo manual retribuido.

calificación basada en la confianza hoy resulta anacrónica. La asistencia sanitaria prestada en virtud de un contrato privado hoy en día se basa tanto en la autonomía del paciente, consagrada tanto en el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 4 de abril de 1997 (más conocido como Convenio de Oviedo de derechos humanos y la biomedicina), como en la LAP. En este sentido, las hechuras del contrato de mandato no son en absoluto aplicables a la moderna relación asistencial no ya sólo desde un punto de vista jurídico sino también sociológico.

Por otra parte, la onerosidad de la relación médica profesional parece incompatible con el carácter gratuito del mandato, por mucho que, a diferencia del mandato romano en el que la gratuidad constituye un elemento esencial del contrato, el artículo 1.711 CC configure ésta como elemento natural, permitiendo por ello que, mediante pacto en contrario, se acuerde retribución. Es cierto que el precepto contempla una presunción en favor de retribuir el encargo si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, tal y como ocurre en el caso del prestador sanitario, pero en ningún caso ello permite justificar la naturaleza del profesional como mandatario como se ha pretendido por algún autor⁵⁴².

En tercer lugar, el mandato tiene por objeto actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario, tales como contraer obligaciones, administrar, disponer o transigir, de modo que la prestación del mandatario consiste en el desarrollo de una actividad jurídicamente

⁵⁴² Según ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos...*, ob. cit. pp. 165 a 167 la presunción de onerosidad del mandato perseguiría la inclusión de los servicios prestados por los profesionales liberales en la figura del mandato.

relevante que incide en la esfera jurídica del mandante⁵⁴³. El artículo 1.712 CC es expresivo de esta idea cuando, al clasificar el mandato en general o especial, habla de “negocio” – entiéndase negocio jurídico- al señalar que “el primero comprende todos los negocios del mandante” mientras que “el segundo, uno o más negocios determinados”. De hecho, el mandato, concebido en términos generales, no comprende más que los actos de administración (artículo 1.713.I CC). Por contra, en la prestación de servicios sanitarios, nos encontraríamos ante la circunstancia de que el “encargo” tiene por objeto actos materiales -prestar asistencia- y no actos jurídicos, aun cuando puedan provocar efectos de dicha naturaleza⁵⁴⁴.

Finalmente, el régimen jurídico del contrato de mandato no se compadece con las características de la prestación de servicios sanitarios⁵⁴⁵. Así, pensemos, a título de ejemplo, en las instrucciones del mandante. El párrafo primero del artículo 1.719 CC prescribe que “en la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante”. El carácter imperativo de tales instrucciones resulta incompatible con la autonomía profesional predicable del profesional sanitario. Así, el artículo 4.7 LOPS prevé explícitamente que “el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y

⁵⁴³ Cfr. Díez-Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1992, pp. 475-476.

⁵⁴⁴ En el mismo sentido, Fernández Costales, Javier, *El contrato de servicios médicos...*, ob.cit. p.38; Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob.cit. p. 65.

⁵⁴⁵ Por todos, Gitrama González, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos”..., ob.cit., Valladolid, 1965, p. 351. Sólo incluye el caso del médico que encarga temporalmente a otro colega que lo reemplace y sustituya con su clientela, pero en ese caso, el mandato en realidad se daría entre el galeno sustituido y su sustituto.

deontológico”. Esa misma autonomía resulta reconocida por el artículo 40.3.b) LOPS a la hora de regular los principios bajo los cuales se establecerán elementos de control en los servicios sanitarios de titularidad privada.

2.2.- La tesis de la calificación como arrendamiento de servicios

También ha sido clásica la calificación del contrato de servicios médicos como contrato de arrendamiento de servicios, naturaleza que también traería causa de su consideración romana como *locatio-conductio operarum*. Este ha sido el criterio tradicional de la doctrina española⁵⁴⁶, que ha empleado para ello la tipificación contenida en el artículo 1.544 CC que, como sabemos, regula conjuntamente el arrendamiento de obras y el arrendamiento de servicios señalando que “en el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”. También ha sido el criterio de la jurisprudencia de nuestro país desde los años veinte del siglo pasado y, muy especialmente, a partir la STS de 7 de noviembre de 1940⁵⁴⁷ que vino a ratificar de forma más expresa y contundente, la STS de 18 de enero de 1941, señalando que:

“el contrato de prestación o arrendamiento de servicios, molde amplísimo que cobija, sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos, ejercen las llamadas

⁵⁴⁶ Por todos, SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...*, ob. cit., p. 32; Desde un punto de vista más general, LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al artículo 1.544 del Código Civil” en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel y DIAZ ALABART, Silvia (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, p. 102.

⁵⁴⁷ Cabe invocar también como precedentes, sentencias incluso anteriores como la STS de 27 de octubre de 1899, la STS de 9 de octubre de 1928 o la STS de 16 de febrero de 1935.

profesiones y artes liberales, tiene como elementos esenciales la promesa de determinados servicios por una de las partes y la estipulación de una remuneración a cargo de la otra, la cual remuneración puede ser fijada por períodos de tiempo o por unidades de obra realizada (piezas, medidas o actuaciones singulares); y es obvio que cuando la retribución se señala en esta última forma -como sucede cuando el médico es pagado según el número de visitas, asistencias o intervenciones profesionales- es imprescindible, para el éxito de la reclamación de pago, la determinación cuantitativa de la obra o trabajo realizado, y, por consiguiente, incumbe al actor probar, como hechos constitutivos de la correspondiente pretensión, no sólo la existencia del contrato y el precio expreso tácitamente convenido, sino también la efectiva prestación de los servicios como ya se indicó por esta Sala en su Sentencia de 7 de noviembre de 1940”.

Con posterioridad este criterio ha sido confirmado en numerosísimas ocasiones⁵⁴⁸, de modo que la dogmática tradicional ha consistido en acudir al expediente de considerar los servicios médicos como arrendamiento de servicios en el que únicamente resulta exigible una obligación de medios, actividad o diligencia frente a la figura del arrendamiento de obra caracterizado por la incorporación de una obligación de resultado. Tal caracterización, bajo nuestro punto de vista, si

⁵⁴⁸ STS de 21 de octubre de 1988, STS de 7 de febrero de 1990, STS de 25 de abril de 1994, entre otras muchas. En este sentido, es gráfica la STS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3984) cuando señala que “es doctrina constante de esta Sala manifestada en numerosas sentencias cuya cita resulta excusada por conocidas, que la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del personal sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado”.

bien es cierto que representa un notable progreso en relación con la tesis del mandato, tampoco puede tener favorable acogida por diferentes razones.

En primer término, como luego defenderemos, nos encontramos en realidad un contrato singular parcialmente atípico. El matiz que postulamos en este sentido radica sustancialmente en la huida de los preceptos del Código Civil en materia de arrendamiento que, en ningún caso, pueden explicar correctamente el contrato de servicios sanitarios. Baste señalar que el viejo código decimonónico sólo contempla como modalidad de arrendamiento de servicios el “servicio de criados y trabajadores asalariados” (artículos 1.583-1.587), hoy en día contenido del contrato de trabajo como consecuencia del desgajamiento del Derecho laboral del primitivo tronco del Derecho común. Existe una clamorosa omisión de los servicios prestados por profesionales liberales, preterición que constituye, a nuestro juicio, causa más que suficiente para darse cuenta de que la regulación codificada no puede servir de base para la construcción científica de un moderno contrato de servicios sanitarios.

Cierto sector doctrinal no ha llegado a ver en esta circunstancia una objeción definitiva, dados los amplios términos en los que resulta regulado el artículo 1.544 CC⁵⁴⁹. Sin embargo, entendemos que las razones que explican la emancipación de la relación jurídico-laboral respecto del Código Civil, son también aquí perfectamente extensibles. En efecto, la relación trabajador-empendedor constituye un vínculo asimétrico que

⁵⁴⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...*, ob. cit., p. 33, señala que “la ausencia de regulación en nuestro Código Civil de los contratos de prestación de servicios profesionales, no basta para desechar la solución mantenida, pues no debemos perder de vista el carácter excesivamente genérico con que se formula el contrato de arrendamiento de servicios en el artículo 1.544. Cosa distinta, es la falta de regulación que habrá de buscarse por otras vías. Pero su inclusión básica e inicial en el citado cuerpo legal debe aceptarse, precisamente, por la formulación amplia del precepto”.

requiere un reforzamiento de la posición de aquél a través de la figura, fuertemente intervenida, del contrato de trabajo. Algo similar sucede en el caso del contrato de servicios sanitarios en el que la falta de paridad posicional entre usuario y prestador no casa con el principio liberal de igualdad de partes del artículo 1.255 CC en el que descansa la disciplina de la contratación decimonónica. Acudir por todo ello a categorías y principios jurídico-civiles codificados constituye un esfuerzo dogmático excesivo. Tan anacrónico, a nuestro entender, como calificar al paciente de “arrendatario”.

En segundo lugar, la dicotomía arrendamiento de servicios-arrendamiento de obra como corolario del binomio obligación de medios-obligación de resultado resulta excesivamente simplificadora. Como posteriormente estudiaremos, la distinción sigue siendo relevante pero ofrece muchos matices que conviene aquilatar. De hecho, incluso en el ámbito de la medicina satisfactiva podemos hablar hoy en día más que de una obligación de resultado de una obligación de medios cualificada.

Finalmente, se ha objetado que la disciplina arrendaticia no se adapta a determinadas características de la relación médico-paciente. Tal sería el caso de la facultad de revocación concedida en cualquier momento al paciente, posibilidad inexistente en el arrendamiento de servicios⁵⁵⁰. También debe destacarse que la relación locataria descansa en una nota de dependencia, del todo punto incompatible con la prestación profesional del prestador caracterizada por la autonomía e independencia⁵⁵¹. Todos ellos son también argumentos que nos conducen a rechazar la calificación jurídica del contrato de servicios médicos como arrendamiento de

⁵⁵⁰ Cfr. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 144 a 147.

⁵⁵¹ YUNGANO, Arturo Ricardo, *La responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 91.

servicios. Y no sólo por lo impropio del término, sino, fundamentalmente, porque su encuadramiento en el contrato regulado en el Código Civil no contribuye a explicar las peculiares características del tipo negocial.

2.3.- La tesis del arrendamiento de obra

No faltan en la doctrina extranjera quienes consideran que la prestación de servicios médicos resulta calificable como arrendamiento de obra. Así se ha sostenido que, si bien en muchos casos la obligación del prestador es de *medios*, ello no excluye el *resultado* en prestaciones quirúrgicas, estéticas o de laboratorio. Además, la obra puede implicar un resultado favorable o no, dependiendo del contenido del contrato y de su interpretación⁵⁵². Así, a título de ejemplo, se han citado como supuestos de contratos médicos de obra, los dictámenes médicos sobre el estado de salud de la persona o la colocación de prótesis dentales⁵⁵³.

Particularmente en la doctrina italiana, se ha calificado la relación médico-cliente como contrato de obra, si bien de un modo diferente al que se entiende en España, ya que el *Codice civile* de 1942 distingue entre contratación de obras y servicios (*appalto*)⁵⁵⁴ y contrato de obra (*contratto d'opera*)⁵⁵⁵, configurando como modalidad de este último el contrato de

⁵⁵² YUNGANO, Arturo Ricardo, *La responsabilidad profesional de los médicos...*, ob. cit. p.92.

⁵⁵³ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos...*, ob. cit. pp. 93-94.

⁵⁵⁴ El artículo 1.655 define el *appalto* señalando que “*L'appalto e' il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro*”.

⁵⁵⁵ El denominado *contratto d'opera* es caracterizado en el artículo 2.222 cuando señala que “*Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV*”.

obra intelectual (*prestazione d'opera intellettuale*)⁵⁵⁶. En este sentido, la literatura jurídica del país transalpino caracteriza la obra intelectual con tres notas: a) carácter intelectual de la prestación de modo que en ésta la inteligencia o la cultura predominen al circunstancial uso del trabajo manual. Por ello, serían intelectuales las prestaciones desarrolladas por profesiones liberales, las cuales estarían determinadas por la ley con relación a los requisitos necesarios para su ejercicio; b) discrecionalidad en el ejercicio de la prestación; y c) cumplimiento de una actividad como objeto de la prestación con independencia del resultado. Si bien este es el supuesto ordinario, ello no impediría que la casuística prevea un resultado, sobre todo cuando se pacta la entrega de una obra. Así las cosas, el resultado debería entenderse en el sentido de que el mismo consiste en el éxito final de la actividad profesional y no como que tal resultado haya de constituir una ventaja económica para el comitente. Tales serían los casos de la asistencia legal o de la asistencia sanitaria, en los que también hay consecuencia tanto si la controversia se resuelve con el alivio del comitente (en nuestro caso, paciente) como con la muerte o la falta de mejoría del mismo⁵⁵⁷.

En Francia, algún sector doctrinal sostuvo que la relación médico-cliente era constitutiva de un contrato de arrendamiento de obra, opinión que encontraría eco y llegaría a consolidarse durante un tiempo tras el

⁵⁵⁶ El artículo 2.230 señala que “*Il contratto che ha per oggetto una prestazione d'opera intellettuale e' regolato dalle norme seguenti e, in quanto compatibili con queste e con la natura del rapporto, dalle disposizioni del capo precedente. Sono salve le disposizioni delle leggi speciali*”.

⁵⁵⁷ MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, EJEA, Buenos Aires, 1971, p.241, citado por LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob.cit., pp. 78-79, a quien seguimos.

Arrêt de la Cour de Cassation de 13 de julio de 1959⁵⁵⁸. En este sentido, la figura del arrendamiento de obra ("*louage d'ouvrage*") se encuentra muy ampliamente definida en el artículo 1.710 del *Code Civil* francés⁵⁵⁹, definición que permitiría su extensión al trabajo puramente intelectual, abarcando, pues, las relaciones de los médicos con sus clientes. Así, el artículo 1.779, modificado por la Ley n°2009-526 de 12 de mayo de 2009, diferencia tres especies del arrendamiento de la industria, entre las que cita, como diferenciada del arrendamiento de servicio, la de arquitectos, contratistas y técnicos de los libros, como resultado de los estudios, las especificaciones o los mercados"⁵⁶⁰.

También en el ordenamiento jurídico belga se ha considerado que la relación asistencial debe ser considerada en el marco de un arrendamiento de industria o contrato de empresa⁵⁶¹. En efecto, el artículo 1.779.3° del Código Civil, adoptado del francés, contempla como variedad del arrendamiento de obra o industria que no implica subordinación, el arrendamiento "de los empresarios de obras a consecuencias de ajustes o presupuestos" dentro del que cabe enmarcar la actividad profesional liberal de los galenos⁵⁶².

⁵⁵⁸ Cfr., por todos, MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, tomo IV, Buenos Aires, 1962, p.322.

⁵⁵⁹ El artículo 1.710 del *Code civil* señala que "*Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles*".

⁵⁶⁰ El precepto reza así: "*Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie: 1°. Le louage de service; 2°. Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; 3°. Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés*".

⁵⁶¹ Cfr. FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos...*, ob. cit., p. 48.

⁵⁶² Téngase en cuenta que el artículo 1.779 del Código Civil francés señala que "*Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; 2°*

Pese a las referencias doctrinales y legales apuntadas, debemos también rechazar la categoría del arrendamiento de obra para calificar el contrato cuyo estudio nos ocupa. Y no sólo por el anacrónico término de “arrendamiento” sino, sobre todo, porque la prestación de servicios sanitarios no encierra una obligación de resultado. En este sentido, la circunstancia de que los trabajos intelectuales, y con ello la prestación de servicios profesionales como los médicos, sean encuadrables en algunos ordenamientos como subespecie de arrendamiento de obra, no tiene más alcance que el de una mera denominación académica dado que lo decisivo en este punto es la naturaleza contraída por el prestador. Así las cosas, la calificación del contrato como modalidad de obra en ningún caso implica que se haya asumido en tales sistemas jurídicos su carácter de prestación de resultado dada la aleatoriedad consustancial al quehacer médico. Se trata, como puede observarse, de una calificación más aparente que real desde la perspectiva obligacional, que debe calificarse de medios, sin perjuicio de que puedan existir prestaciones accesorias de resultado. Tampoco resultaría satisfactoria la figura del arrendamiento de obra para los contratos de servicios que tengan por objeto prestaciones médicas puramente satisfactivas y voluntarias pues, como estudiaremos, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo desecha la presencia de una obligación de resultado, sustituyéndola por una obligación de medios acentuada.

2.4.- La tesis del contrato innominado

Dicha tesis sostiene que no es posible incluir la prestación de servicios médicos en un tipo contractual, razón por la que se emplea el

Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises; 3° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés”.

apelativo de *contrato innominado*⁵⁶³. Esta posición ha sido sostenida en la doctrina francesa que ha resaltado la dificultad de la clasificación del contrato de servicios médicos dentro de las categorías previstas por el *Code civil* de 1804. Por ello, entiende que el contrato pertenece a la amplia familia de los “*contrats innommés*”, postura compartida por un amplio sector doctrinal⁵⁶⁴. En este sentido, el apoyo de esta concepción en parte radica en la codificación expresa de la distinción entre contratos nominados e innominados⁵⁶⁵.

En la doctrina española dicha tesis ha tenido un eco limitado, pero no falta quien argumenta que dicha calificación deriva de la circunstancia de que una determinada relación jurídica no puede germinar única y exclusivamente de las reglas conjuntadas en torno a una sola figura típica. De este modo, el intento de equiparar a toda costa este contrato con alguna de las figuras jurídicas nominadas dejaría sin solución el problema, por lo que calificación del contrato como innominado

⁵⁶³ Entendiendo por tal, aquél que no cuenta con una denominación o *nomen iuris* específico, lo que le diferencia del contrato atípico que puede tener nombre o no [JORDANO BAREA, Juan Bautista, “Los contratos atípicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 7-8, 1953, p. 59]. En la misma línea, MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986, p. 378, sostiene que “por contrato innominado en antítesis a contrato nominado, se entiende aquél para el cual la Ley no ha dispuesto previamente una particular disciplina jurídica”.

⁵⁶⁴ Por todos, KORNPROBST, Louis y DELPHIN, Sabine, *Le contract de soins médicaux*,... ob.cit., *passim*.

⁵⁶⁵ Se recoge en el artículo 1.107 del Código civil francés: “*Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce*”. Sobre la distinción, cfr. FERRY-MACCARIO, Nicole; KLEINHEISTERKAMP, Jan; LENGART, François; MEDJAD, Karim y STOWY, Nicole, *Gestion juridique de la entreprise*, Pearson Education France, Paris, 2006, p.25.

permitiría buscar la respuesta más adecuada a cada uno de los problemas planteados⁵⁶⁶.

No obstante, entendemos que la calificación de “contrato innominado”, de honda tradición justiniana⁵⁶⁷, carece de eficacia práctica toda vez que lo relevante no es que el contrato carezca de *nomen iuris* específico, sino que el mismo no disponga de un régimen contenido en normas jurídico-positivas, esto es, que resulte un contrato atípico. Ciertamente es que todo contrato innominado resulta por definición atípico⁵⁶⁸ pero entendemos que aquella categoría resulta insuficiente para caracterizar la naturaleza del contrato de servicios sanitarios, en la medida en que es la carencia de autonomía institucional su principal problema. Por ello, anticipemos desde este momento, que lo realmente relevante respecto del contrato de servicios sanitarios es su situación de atipicidad entendida como ausencia de regulación unitaria y autónoma⁵⁶⁹.

2.5.- La tesis del contrato *sui generis*

⁵⁶⁶ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol. II, Bosch, Bosch, 1985, pp. 433 y ss, citado por LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob.cit., p.84.

⁵⁶⁷ Respecto el origen histórico de los contratos innominados, *vid.*, por todos, BELDA MERCADO, Javier, “Reconocimiento jurídico de los contratos innominados”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº12, 2008, pp. 69-86.

⁵⁶⁸ Todo contrato innominado es atípico pero no todo contrato atípico es innominado en la medida en que puede tener una denominación concreta fruto de su tipicidad social.

⁵⁶⁹ Otros autores han refutado las tesis del contrato innominado bajo argumentos diferentes. Así, ALONSO PÉREZ, María Teresa, *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*..., ob.cit., p.171, defiende que las relaciones contractuales de prestación de servicios profesionales en realidad más que de ausencia de nombres pecan por exceso, ya que se pueden calificar como mandatos o como arrendamientos, ya sean de servicios propiamente dichos o de obra. No obstante, ya dijimos que no compartimos la calificación de mandato que la autora efectúa de nuestro contrato.

Una variante de la tesis del contrato innominado es la llamada teoría del contrato *sui generis* que viene a sostener que los actos médico-sanitarios son insusceptibles de quedar encuadrados dentro de los parámetros de un contrato determinado. Por ello, constituirían una nueva figura contractual, única en su género, con sustantividad propia e independiente de las categorías contractuales establecidas en las legislaciones de tradición romanista, razón por la que deben regirse por las reglas del derecho común⁵⁷⁰. De hecho, la Cámara Civil de la *Cour de Cassation* francesa en el viaje Arrêt de 13 de julio de 1937 calificó expresamente el contrato médico como “contrato sui generis”⁵⁷¹

Así, en la literatura jurídica española se ha defendido que si nos adentramos en el seno del contrato observamos las extraordinarias peculiaridades que se dan cita en el arrendamiento de servicios médicos, del que se afirma es un “contrato de un rango ciertamente elevado sobre el común de los demás en cuanto que los deberes de prestación de una de las partes recaen sobre un objeto tan cualificado como el cuerpo humano”⁵⁷². En esta línea, se ha llegado a sostener que constituye “un contrato de todo punto excepcional a la hora de su tipificación, por más que legislaciones,

⁵⁷⁰ Cfr. FERNANDEZ COSTALES, *El contrato de servicios médicos...*, ob. cit., p. 63; SAVATIER, René, “La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 28, n3, 1976, pp. 493-510; LESAGE-JARJOURA, Pauline y PHILIPS-NOOTENS Suzanne, *Éléments de responsabilité civile médicale, le droit quotidien de la médecine*, 1ª ed., Yvon Blais Eds., Quebec, 1995. p. 14. Como señala LABELLE, Hubert R. “Le contrat de soins médico-dentaire. Son évolution comparative France / Québec”, *Journal de l'Ordre des Dentistes du Québec*, Vol.44, 2007, p.12 : “En regard du droit civil, il n’a pas reçu une dénomination particulière : on dira donc qu’il est innommé et sui generis”.

⁵⁷¹ DEUTSCH, Erwin y SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer-Berlag, Berlin, 1985 p.74.

⁵⁷² Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel “En la convergencia de dos humanismos: medicina y derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)”..., ob.cit., p.274. También en GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos”..., ob.cit., p. 373.

doctrinas y jurisprudencias abundan al unísono en enmarcarlo en el molde de la *locatio-conductio operarum*⁵⁷³

El problema de esta tesis es el mismo que el de la anteriormente refutada. En efecto, no se conoce realmente cuál es el alcance de la expresión “*sui generis*” lo que ha llevado a un sector de la doctrina argentina a descartar tal calificación advirtiendo que su uso puede implicar un deseo inconsciente de huir del debate sobre la naturaleza jurídica del contrato⁵⁷⁴. Ciertamente, debemos insistir en que el refugio en denominaciones como la de contrato “*sui generis*”, no solucionan el verdadero problema del negocio jurídico que no es otro que el de la ausencia de un régimen tipificado de derechos y obligaciones de carácter unitario y no fragmentado.

2.6.- La tesis del contrato multiforme

Dicha postura minoritaria ha sido defendida sustancialmente en la doctrina civilista argentina⁵⁷⁵, que atribuye al contrato un carácter proteiforme ya que las prestaciones de servicios que incluye serían constitutivas de las propias de más de un contrato: arrendamiento de obras, de servicios o mandato. Desde otra perspectiva, la tesis del carácter

⁵⁷³ Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel “En la convergencia de dos humanismos: medicina y derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)”..., ob.cit., p.335.

⁵⁷⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 104; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 75, citados por LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob. cit. p. 86, a quien seguimos.

⁵⁷⁵ Por todos, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*..., ob. cit, p. 104 y BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pp. 131-134.

proteiforme del contrato ha sido también acogida por algunos autores españoles que ponen de relieve dicha naturaleza variable⁵⁷⁶.

No obstante, no puede compartirse dicha tesis toda vez que el contrato merecerá una u otra calificación jurídica pero no puede ser considerado como un “contrato con muchas formas”. En este sentido, la circunstancia de que puedan nacer del contrato obligaciones de medios y algunas accesorias de resultado, no hace de éste un negocio que encierre en su seno diferentes categorías contractuales⁵⁷⁷. Por otra parte, la categoría de contrato multiforme resulta confusa y nada aporta a la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato: más bien parece una solución de compromiso resultante de la abdicación de la operación de fijar su verdadera naturaleza.

2.7.- La tesis del contrato atípico mixto

Al amparo del principio de la autonomía privada previsto en el artículo 1.255 CC, los contratantes pueden crear figuras distintas de las previstas en la ley integrando en un mismo contrato elementos de varios contratos típicos, posibilidad de la que tempranamente se hizo eco la jurisprudencia española⁵⁷⁸. No obstante, con carácter previo, debemos

⁵⁷⁶ GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos”..., ob.cit., p. 337; SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, nº 7-8, 1984, p. 666.

⁵⁷⁷ En la misma línea, SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*..., ob.cit. p.34 y LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob. cit. p. 89.

⁵⁷⁸ Así se ha reconocido en STS de 27 febrero 1950 (RJ 1950/ 366), STS de 13 octubre 1965 y STS de 29 mayo 1972 (RJ 1972\2591), entre otras. En este sentido, la STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982/2581) cita incluso manifestaciones de los mismos en una serie de casos contemplados en el Código Civil como la permuta con compensación en dinero (art. 1446), la donación onerosa (art. 622), la aparcería (art. 1579) y la obra con suministro de material (art. 1588).

dejar sentado qué concepto empleamos aquí de contrato mixto, categoría importada en nuestro país del Derecho alemán (*Gemischte Verträge*), y del Derecho italiano (*contratti misti*). Y ello porque son numerosas las clasificaciones doctrinales abstractas en relación con los contratos atípicos, de los que los mixtos forman parte. Así, resulta clásica la posición de DÍEZ-PICAZO, quien diferencia dos grandes tipos de contratos atípicos. En primer término, estarían aquéllos que podríamos denominar atípicos “puros”, en la medida en que se apartan completamente de los tipos regulados por el ordenamiento jurídico, careciendo incluso de relevancia doctrinal y jurisprudencial; en segundo lugar, estarían los contratos atípicos que se sirven de elementos propios de negocios típicos para construir la nueva figura contractual. Dentro de este segundo grupo cabría diferenciar tres subtipos. En primer lugar, los *contratos coligados*, como aquellos en los que las partes han yuxtapuesto varios contratos típicos para dar lugar a la nueva figura contractual, discutiéndose su unidad (un solo contrato) o pluralidad contractual (varios contratos en uno). De este modo, los contratantes, haciendo uso de su libertad contractual, construirían un negocio jurídico que es el resultado o la suma de dos o más típicos⁵⁷⁹. En segundo lugar, se encontrarían los *contratos mixtos*, cuando en un mismo contrato las partes deciden mezclar elementos de varios contratos típicos. Finalmente, tendríamos un *contrato complejo* cuando “las prestaciones de cada una de las partes, las obligaciones asumidas o los pactos establecidos, aisladamente considerados, pertenecen a un tipo contractual preexistente del cual parcialmente se aíslan para

⁵⁷⁹ Se suele citar como paradigma tradicional de contrato coligado el *leasing* en el que, junto al arrendamiento del bien, se incluye una opción de compra.

integrarse en el negocio”⁵⁸⁰. En todo caso, las categorías dogmáticas de contratos mixtos y complejos que efectúa el autor resultan realmente difíciles de diferenciar, por lo que tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia tienden a equiparar ambas⁵⁸¹.

De este modo, cabe traer a colación otras construcciones dogmáticas en torno a la atipicidad entre las que cabe destacar la de LACRUZ BERDEJO quien clasifica los contratos típicos en puros, que carecerían de relación alguna con los típicos, y mixtos, que resultarían figuras que mezclan prestaciones y funciones de varios negocios típicos⁵⁸². De gran utilidad es también la concepción de JORDANO BAREA que divide los contratos atípicos en puros y mixtos. Dentro de los primeros, cabría diferenciar los que tienen tipicidad social de los que carecen de la misma. En relación con los contratos atípicos mixtos, nos encontraríamos con tres subtipos: los que están integrados por elementos todos ellos típicos y los que tienen elementos típicos y atípicos y los que se componen de elementos únicamente atípicos⁵⁸³. Sentado lo anterior, una tesis minoritaria concibe el contrato de servicios médicos como un contrato mixto en la medida en que en el mismo confluyen características de diferentes contratos típicos. Se trataría del contrato de arrendamiento de obra, del contrato de arrendamiento de servicios y del contrato de

⁵⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Introducción y Teoría del Contrato. 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 489-493.

⁵⁸¹ Así la STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982/2581), que podemos calificar como sentencia de cabecera en la materia, los denomina indistintamente complejos y mixtos. En el mismo sentido, la STS de 6 octubre de 2006 (RJ 2007, 701), la STS de 2 de diciembre de 2011 (RJ 2012/4520) o, más reciente, la STS de 21 de junio de 2012 (RJ 2012,6859), que resume la doctrina consolidada del Alto Tribunal en la materia.

⁵⁸² LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 1999 pp. 514-520.

⁵⁸³ JORDANO BAREA, Juan Bautista, “Los contratos atípicos...”, ob. cit., pp. 80 a 83.

mandato. En este sentido, recibiría tanto del arrendamiento de obra como del de servicios las prestaciones materiales sobre las que descansa, y del mandato, la facultad de revocación concedida en cualquier momento al mandante⁵⁸⁴.

Esta posición ha merecido varios reproches doctrinales⁵⁸⁵. En primer término, se ha criticado que no diferencia entre arrendamiento de obra y servicios. También se ha criticado la oscuridad de la referencia a las prestaciones materiales, dado que el contrato de servicios médicos puede tener por objeto prestaciones inmateriales. En cuanto a los elementos propios del mandato, la tesis del contrato mixto cita la facultad revocatoria del mandante, cuando en realidad no se trata de un elemento configurador de este último contrato. Tampoco parece que resulte una nota distintiva y relevante de la relación asistencial. Finalmente, la tesis emplea indebidamente el concepto del contrato mixto. En este sentido, la doctrina española, siguiendo el criterio jurisprudencial, considera que, más que las prestaciones, son las *causas* de dos contratos las que han de fusionarse en una sola causa para que se pueda hablar de contrato mixto⁵⁸⁶.

3.- NUESTRA FORMULACIÓN (I): ES UN CONTRATO SINGULAR PARCIALMENTE ATÍPICO

3.1.- Su consideración como contrato parcialmente atípico

3.1.1.- Planteamiento

⁵⁸⁴ En la doctrina española Cfr. ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil...*, ob.cit., pp. 146 a 147.

⁵⁸⁵ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, "El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica"... , ob. cit. p. 86.

⁵⁸⁶ JORDANO BAREA, Juan Bautista, "Contratos mixtos y unión de contratos", *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 1951, p.324.

Desechadas por los argumentos expuestos las tesis anteriores, desde la modestia que impone la existencia de voces más autorizadas, queremos formular una línea de propuesta en relación con la naturaleza del contrato de servicios sanitarios, en una doble dirección: cuál es su situación jurídica actual (contrato singular parcialmente atípico) y cuáles pueden ser las líneas futuras del diseño y construcción del contrato de servicios sanitarios como tipo autónomo desde la perspectiva de los textos prelegislativos adoptados en el ámbito nacional y europeo.

En relación con la primera de las cuestiones, sostenemos, como ya se ha expuesto, que la relación jurídico-privada entre prestador y usuario no se explica adecuadamente a través de los tipos contractuales antes explicados, lo que nos lleva a desechar las tesis arrendaticias y del mandato. Descartada la teoría del contrato innominado (el negocio tiene nombre, sin perjuicio de que, como hemos visto, existan múltiples variantes en su denominación), parecería que nos vemos abocados al terreno de la atipicidad, entendida como carencia de regulación del negocio jurídico. En este sentido, según resulta conocido, la atipicidad plantea el problema de determinar el régimen jurídico a los contratos atípicos, desde el punto de vista de la interpretación o aplicación judicial del derecho. Al efecto, la doctrina⁵⁸⁷ se ha referido a cinco criterios posibles: a) *absorción*, en virtud del cual los contratos mixtos se regularían por las normas del tipo predominante; b) *combinación*, según el cual se aplican las reglas de los tipos que contribuyen a la formación del nuevo y mixto; c) *analogía*, conforme al cual el nuevo tipo se regula por las reglas del típico más similar; d) *creación*, en virtud del cual, la jurisprudencia

⁵⁸⁷ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial...*, ob.cit., pp. 489-493; SALVADOR CODERCH, Pablo; AZAGRA MALO, Albert y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, "Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos", *InDret*, nº 3, 2004, p.5.

acogería nuevas reglas, las más apropiadas al nuevo tipo que las preestablecidas por el derecho legislado o judicial; y e) *superposición*, por el que las regulaciones de los distintos tipos de contratos coligados se aplicarán conjunta e íntegramente a los pactos de las partes. En este sentido, doctrina y jurisprudencia han defendido que la respuesta debiera estribar en que el contrato mixto o el nuevo tipo resulte evaluado de acuerdo con las reglas más afines y adecuadas a su finalidad y, en particular, a las prestaciones características queridas por las partes, “volviendo al viejo principio de la analogía”⁵⁸⁸.

⁵⁸⁸ Así, la STS de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982,2581) señala que “el problema del contrato mixto no es, pues, el de su admisión, sino el de su regulación, siendo conocidas al respecto, las tres direcciones doctrinales que, iniciadas en Alemania, se desarrollaron en Italia y en España: en primer lugar, la de la absorción o prevalencia, según la que serán de aplicar las reglas del contrato cuyos elementos sean predominantes, que absorbería a los demás; en segundo término, la de la combinación que postula una especie de “alfabeto contractual” consistente en tener en cuenta los elementos concretos, más que el contrato nominado del que derivan; y finalmente, una ecléctica, partidaria de utilizar uno u otro criterio según la combinación de elementos que intervengan en cada caso particular, siendo de observar que la tendencia moderna rechaza las tres posturas volviendo al viejo principio de la analogía, a cuyo tenor habrán de ser tenidos en cuenta los tipos contractuales más afines de acuerdo con la voluntad de las partes sin que la preferencia de uno o de otro suponga aplicación inflexible de sus reglas legales y dependiendo la solución, en última instancia de lo que decida, con su prudente arbitrio, la Autoridad judicial; criterio que ya fue tenido presente en las SS. de 10 junio 1929 y 21 marzo 1956 (RJ 1956, 1916) y que es, en definitiva el que, con acierto sigue en este caso, la Sentencia recurrida”. No obstante, debemos dejar constancia de la STS de 2 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 4520) que crea cierta incertidumbre pues si bien parece abonar la tesis del criterio de la analogía lo equipara con el criterio de la combinación cuando señala que “este es un contrato complejo, llamado también mixto, en el que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada (así, sentencia de 19 de mayo de 1982 (RJ 1982, 2581)). Contrato que se rige, como norma básica, por lo pactado, *lex contractus* que proclama el artículo 1091 del Código civil (sentencia de 18 de noviembre de 1980 (RJ 1980, 4140) relativa a un “contrato complejo de cesión de solar por obra y entrega de cantidad en concepto de precio”), a cuyo contrato se aplica la normativa de los pactos que aúna, en lo que se ha dado en llamar teoría de la combinación (sentencia de 23 de octubre de 1981 (RJ

Sentadas estas premisas, y una vez descartada *ut supra* la tesis del contrato atípico mixto, en tanto que los elementos del mismo no responden plenamente a elementos contractuales típicos, pareciera que debiéramos apostar por considerar el contrato de servicios sanitarios como contrato atípico puro y, en consecuencia, proceder a aplicar alguno de los criterios doctrinales expuestos para la determinación de su régimen jurídico. Sin embargo, entendemos que la singularidad de nuestro contrato radica en la circunstancia de que su atipicidad no es absoluta, por lo que no podemos aplicar con automatismo las categorías de contratos atípicos antes presentadas. En efecto, podemos diferenciar entre atipicidad absoluta – ausencia total de norma jurídica reguladora del contrato- y relativa, cuando disponemos de normas jurídico-positivas que disciplinan el contrato. Tal es el caso del contrato de servicios sanitarios que, si bien es formalmente atípico, no se encuentra absolutamente ayuno de regulación en el Derecho español. A dicha tipicidad legislativa fragmentaria, debemos añadir la existencia de una tipicidad social que hace de nuestro contrato una categoría singular⁵⁸⁹.

3.1.2.- Tipicidad legislativa fragmentaria e incompleta

Paradójicamente el Derecho español ha desarrollado una regulación específica de los derechos y obligaciones de los prestadores de servicios sanitarios y de sus usuarios en dos normas fundamentales -la LOPS de

1981, 3953) que, en el fondo, no es otra cosa que volver "al viejo principio de la analogía" (como dice la sentencia de 19 de mayo de 1982)".

⁵⁸⁹ Aplicamos aquí traslaticamente la idea de GETE ALONSO Y CALERA, para la que estaremos frente a un contrato totalmente atípico, cuando no tiene tipicidad social ni legal. "Como la cuestión, entonces, se plantea en la contraposición entre tipicidad (englobando, ahora, a ambas categorías) y la denominada *atipicidad*, que, por definición, supone una absoluta carencia de acogida en el Ordenamiento, y de regulación" (GETE ALONSO Y CALERA María del Carmen, *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p.21).

2003 y la LAP de 2002- que permiten configurar un régimen jurídico básico del régimen del contrato. En efecto, como ya vimos, la relación asistencial se encuentra, en primer término, disciplinada por la LOPS cuyo artículo 40 diferencia entre la prestación privada de servicios por cuenta propia y por cuenta ajena⁵⁹⁰. La norma también configura en términos amplios la articulación contractual de estos servicios dado que determina que “la prestación de servicios por cuenta propia o ajena podrá efectuarse mediante cualquiera de las formas contractuales previstas en el ordenamiento jurídico” (artículo 41.2)⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Asimismo, el artículo 41 LOPS establece los derechos y deberes específicos que asisten a los profesionales sanitarios que presten su actividad en centros o servicios sanitarios privados por cuenta ajena, señalando que tienen derecho a ser informados de sus funciones, tareas y cometidos, así como de los objetivos asignados a su unidad y centro sanitario y de los sistemas establecidos para la evaluación del cumplimiento de los mismos. Asimismo, se encuentran sujetos a un doble deber: la obligación de ejercer la profesión, o desarrollar el conjunto de las funciones que tengan asignadas, con lealtad, eficacia y con observancia de los principios técnicos, científicos, profesionales, éticos y deontológicos que sean aplicables; y la obligación de mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su titulación. El precepto finalmente establece una regla remisiva al establecer que la evaluación regular de competencias, los sistemas de control de calidad, y el sistema de desarrollo profesional previstos de la propia LOPS serán aplicados en los centros privados que empleen profesionales sanitarios mediante el régimen de prestación de servicios por cuenta ajena.

⁵⁹¹ Como normas comunes a cualesquiera servicios sanitarios de titularidad privada, se establece en el artículo 41.3 LOPS la obligación de contar con elementos de control que garanticen los niveles de calidad profesional y de evaluación de acuerdo con los siguientes principios: a) Derecho a ejercer la actividad profesional adecuada a la titulación y categoría de cada profesional; b) Respeto a la autonomía técnica y científica de los profesionales sanitarios; c) Marco de contratación estable, motivación para una mayor eficiencia y estímulos para el rendimiento profesional; d) Participación en la gestión y organización del centro o unidad a la que pertenezca; e) Derecho y deber de formación continuada; f) Evaluación de la competencia profesional y de la calidad del servicio prestado; g) Garantizar la responsabilidad civil profesional bien a través de entidad aseguradora, bien a través de otras entidades financieras autorizadas a conceder avales o garantías; h) Libre competencia y transparencia del sistema de contratación; i)

Siendo la prestación de servicios por cuenta ajena objeto de estudio del Derecho del trabajo, nos interesa ahora traer a colación las prescripciones del artículo 42 LOPS que resultan referidas a los contratos de prestación de servicios sanitarios celebrados en tres combinaciones posibles: a) entre profesionales sanitarios; b) entre profesionales y centros sanitarios; c) entre profesionales y entidades de seguros que operen en el ramo de enfermedad. En todos esos casos, se exige que el contrato se formalice por escrito con el fin de garantizar la titulación oficial de profesionales y especialistas, la calidad y seguridad de los equipamientos e instalaciones, y la sujeción a la disciplina profesional y a los otros requisitos y garantías legales. En este sentido, debe advertirse que el precepto se refiere exclusivamente a los contratos interprofesionales o interempresariales, esto es negocios jurídico-mercantiles puros, dado que no hace referencia a los que directamente se suscriban entre usuarios y prestadores. Donde la LOPS regula la relación asistencial material entre profesionales, ya actúen por cuenta propia o por cuenta ajena, y usuarios es en el artículo 5 donde se establecen los denominados “principios generales de la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos”. De este modo, se configura parcialmente un haz de derechos y obligaciones de las partes, estructurándose, en primer lugar, un cuadro de deberes de los profesionales:

a) el deber de prestar una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en las normas legales y deontológicas aplicables.

Libertad de prescripción, atendiendo a las exigencias del conocimiento científico y a la observancia de la ley.

b) el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos.

c) el deber de respetar la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y la participación de las mismas en la toma de decisiones que les afecten. En todo caso, deben ofrecer una información suficiente y adecuada para que aquéllos puedan ejercer su derecho al consentimiento sobre dichas decisiones.

Paralelamente, el precepto reconoce a los pacientes un conjunto, incompleto pero indiciario, de derechos para cuya garantía se habilita la creación de registros de profesionales⁵⁹². Se trata de: a) el derecho a la libre elección del médico que debe atenderles⁵⁹³; b) el derecho a conocer el

⁵⁹² En este sentido, los colegios profesionales, consejos autonómicos y consejos generales, en sus respectivos ámbitos territoriales, establecerán los registros públicos de profesionales que serán accesibles a la población y estarán a disposición de las Administraciones sanitarias. Los indicados registros, respetando los principios de confidencialidad de los datos personales contenidos en la normativa de aplicación, deberán permitir conocer el nombre, titulación, especialidad, lugar de ejercicio y los otros datos que en esta ley se determinan como públicos. Junto a estos registros, de naturaleza preceptiva, el artículo 5.4 LOPS permite la existencia potestativa de otros registros de profesionales, de carácter complementario a los anteriores, en los centros sanitarios y en las entidades de seguros que operan en el ramo de la enfermedad. En todo caso, los criterios generales y requisitos mínimos de estos registros serán establecidos por las Administraciones sanitarias dentro de los principios generales que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que podrá acordar la integración de los mismos al del Sistema de Información Sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

⁵⁹³ Añade que tanto si el ejercicio profesional se desarrolla en el sistema público como en el ámbito privado por cuenta ajena, este derecho se ejercerá de acuerdo con una normativa explícita que debe ser públicamente conocida y accesible. En esta situación el profesional puede ejercer el derecho de renunciar a prestar atenciones sanitarias a dicha persona sólo si ello no conlleva desatención. En el ejercicio en el sistema público o privado, dicha renuncia se ejercerá de acuerdo con procedimientos regulares, establecidos y explícitos, y de ella deberá quedar constancia formal. En el ámbito público el derecho a libre elección de médico se encuentra regulado en dos normas,

nombre, la titulación y la especialidad de los profesionales sanitarios que les atienden, así como a conocer la categoría y función de éstos, si así estuvieran definidas en su centro o institución, que conlleva el correlativo deber de los profesionales de facilitar tales datos; y c) el derecho a recibir información de acuerdo con lo establecido en la LAP.

La segunda norma que nos permite rellenar parcialmente el contenido del contrato de servicios sanitarios es la LAP que contiene un amplio abanico de derechos de los pacientes que no es posible glosar ahora. Baste señalar que, bajo un principio general de autonomía del paciente que ilumina todo el texto, recoge el derecho de información sanitaria (artículos 4-6), el derecho a la intimidad (artículo 7), el derecho a consentir -tanto en momento para cada caso (consentimiento informado, artículos 8-10) como *ad futurum* (instrucciones previas, artículo 11)-, el derecho a la información para la elección de médico y de centro (artículo 13) y los derechos en relación con la historia y documentación clínica (artículos 14-21) . Obviamente la mayoría de estos derechos se articulan técnicamente bajo la categoría derecho-deber, por lo que correlativamente implican la correspondiente obligación a cargo del prestador del servicio sanitario. Esta amplia tabla de derechos se completa con los que se prevén en la LGS, pero no son válidos para nuestro estudio, toda vez que el artículo 10 los refiere sólo a las Administraciones públicas al señalar que “todos tienen los siguientes derechos con *respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias*”⁵⁹⁴.

según se trate de atención primaria (Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre, por el que se regula la libre elección de médico en los servicios de atención primaria del Instituto Nacional de la Salud) o especializada (Real Decreto 8/1996, de 15 de enero, sobre libre elección de médico en los servicios de atención especializada del Instituto Nacional de la Salud), vigentes en tanto hayan sido desplazados por la normativa autonómica propia.

⁵⁹⁴ Resulta habitual la incorrecta cita en la doctrina del artículo 10 de la Ley General de Sanidad como catálogo de derechos de los pacientes privados,

Junto a estas dos normas sanitarias, una sustancialmente dirigida a profesionales (LOPS) y otra a usuarios (LAP), pese a que ambas se infieran derechos y obligaciones para ambos, debe aludirse a otra fuente importante de la integración de los contratos de servicios sanitarios que es la normativa de defensa del consumidor en la medida en que el TRLGDCU regula dentro de la categoría de contratos de consumo, los denominados contratos de servicios *in genere*, donde es posible incluir la figura que estamos analizando. De las consideraciones que anteceden podemos concluir que no podemos hablar de una atipicidad contractual entendida como orfandad normativa. Determinados aspectos básicos del cuadro obligacional fundamental del contrato de servicios sanitarios sí se encuentran recogidos en la legislación positiva pero no de forma global e integradora sino fragmentaria. Doblemente fragmentaria, dado que no sólo se recogen aspectos parciales (nada se dice de la obligación de pago o del régimen de extinción contractual por poner dos ejemplos) sino que además se hace en normas distintas de carácter general (LOPS y LAP).

3.1.3.- Tipicidad social problemática: el papel de los códigos deontológicos

Junto a la *tipicidad legislativa*, relativa a contratos típicos según la ley, la doctrina española ha importado de la italiana el reconocimiento de la denominada “*tipicidad social*”, categoría referida a aquellos contratos que son ciertamente atípicos desde el punto de vista de la ley, y por tanto carentes de disciplina jurídico-positiva, pero que, al celebrarse con reiteración, se les conoce con un nombre, y se les reconoce una regulación que procede de la doctrina o de la jurisprudencia. De esta forma, la tipicidad social funciona como mecanismo corrector de la atipicidad mixta

sin reparar en que se trata de un precepto destinado los usuarios de servicios sanitarios públicos. Por el contrario, las disposiciones de la LAP se aplican con independencia del carácter público o privado del prestador.

y de la atipicidad pura. En este sentido, se ha señalado que el contrato atípico debe igualmente disciplinarse por el artículo 1.258 CC, de modo que existirá una expresa remisión a los usos sociales como instrumentos de integración contractual. Esta apelación a los usos permite, por tanto, aplicar la llamada tipicidad social, es decir, las normas practicadas en el tráfico jurídico con habitualidad en este tipo de contratos⁵⁹⁵. Desde esta perspectiva general, debemos tener en cuenta que la atipicidad del contrato de servicios médicos resulta parcialmente corregida por los usos sociales en relación con la práctica contractual médica⁵⁹⁶. No obstante, la referencia a los usos como mecanismo de integración del contrato, no deja de resultar problemática en nuestro ámbito, especialmente si los entendemos como usos deontológicos. Sin perjuicio de que la existencia de una corriente doctrinal mayoritaria resulta favorable a tal extensión⁵⁹⁷,

⁵⁹⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...* ob.cit. p.38.

⁵⁹⁶ Cfr. SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...*, ob.cit. pp. 41-42 plantea la integración del contrato de servicios médicos desde esa perspectiva destacando la referencia al principio de buena fe en la relación médico-paciente, por otra parte también presente en el artículo 7.1 CC. Por nuestra parte, entendemos que la referencia a la buena fe en el contrato debe en todo caso completarse con el principio de autonomía del paciente como eje integrador de la relación contractual. La idea del contrato médico como contrato social típico también ha sido apuntada en la doctrina portuguesa (FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, "Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico", en VV.AA., *Direito da Saúde e da Bioética*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 88; DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004, p.35) pero hasta la fecha ha sido obviada en la literatura jurídica española.

⁵⁹⁷ Así, FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Edilex, Madrid, 1987, pp. 19-30, aborda expresamente la cuestión llegando a afirmar que constituyen una fuente fundamental, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, con un valor decisivo en orden a valorar la conducta del médico en su actuación médico hospitalaria. También favorables, IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, "Comentario a la STS de 22 de febrero de 1991", *Comentarios Civiles de Jurisprudencia Civil*, nº 26, 1991, p. 400 y SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de*

bajo nuestro punto de vista, y desde una óptica nomogenética, los usos deontológicos como herramienta de integración del contrato de servicios médicos deben ser, al menos, cuestionados, toda vez que los códigos éticos proceden de organizaciones colegiales que, necesariamente, son representativas de una de las partes de la relación jurídica. Cuestión diferente es que, en la medida en que recojan costumbres sobre materias no legisladas y que respeten los principios informadores de la relación asistencial –particularmente el principio de autonomía-, sus postulados puedan, según los casos, resultar aceptables. Pero nótese que lo serán en tanto que pudieran contar con el carácter de fuente de las obligaciones *ex* artículo 1.089 CC y no por su condición autónoma de fuente del derecho. De lo contrario, se estaría concediendo al profesional, que es sólo una de las partes del contrato, una posibilidad de autorregulación que acentuaría el ya de por sí carácter asimétrico de la relación jurídica⁵⁹⁸. En este sentido, la legitimación de los códigos deontológicos como herramienta de tipicidad social también hoy en día puede venir determinada por su consideración como código de conducta ético⁵⁹⁹. Desde la consideración

servicios hospitalarios..., ob.cit. p. 40, que los considera usos propios de una clase o gremio –el de los médicos- que deben admitirse como válidos.

⁵⁹⁸ Nos adherimos a la crítica de TOMILLO URBINA, Jorge, “Nuevos derechos del paciente como consumidor...”, ob.cit. p. 44 cuando señala que “debe postularse el sometimiento a derecho del acto médico mediante la ruptura del principio de soberanía de los códigos deontológicos. El razonamiento es muy sencillo: los ciudadanos empiezan a exigir que las conductas de los médicos sean enjuiciadas no solo por los médicos, con criterios médicos, sino también por la sociedad con arreglo a los valores imperantes en cada momento. Todo ello sin perjuicio de los criterios jurídicos y científicos que informan la legislación y la jurisprudencia a través del concepto “*lex artis ad hoc*”.

⁵⁹⁹ Cfr. la clasificación de DARNACULLETA GARDELLA, María Mercé, *Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación regulada*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2003, disponible en <http://www.tdx.cesca.es/TDX-1212103-121813/p.494>, que sistematiza los instrumentos de autorregulación en *normativos* (Códigos éticos y/o de conducta, Normas Técnicas, Códigos y Manuales de Buenas Prácticas,

de los códigos deontológicos como códigos de conducta⁶⁰⁰, debemos tener en cuenta que el artículo 2.f) de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, define el código de conducta como el “acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”. Sin perjuicio de que, el texto original en francés habla de “profesionales” donde la reduccionista traducción española habla de “comerciantes” (sic), la realidad es que la Directiva ha sido transpuesta en sentido amplio al ordenamiento español en la Ley de Competencia Desleal, tras la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, al señalar en su artículo 37.1 que “las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar, para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores”.

Protocolos y Procedimientos Normalizados de Trabajo), *declarativos* (declaraciones de autorregulación o autocertificación de conformidad a normas, certificados técnicos emitidos por terceros, sellos, etiquetas y marcas) y *resolutivos* (sanciones disciplinarias y resoluciones arbitrales).

⁶⁰⁰ Una definición de los códigos de conducta como “reglas de comportamiento no exigidas por la Ley, pero voluntariamente establecidas por los interesados, quienes dan publicidad a su compromiso de actuar conforme a esas reglas” puede encontrarse en REAL PÉREZ, Alicia, “Presentación” en REAL PÉREZ, Alicia (Coord.), REAL PÉREZ A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*. Marcial Pons, 2010, p. 13.

3.2.- Hacia su regulación como tipo autónomo: los intentos codificadores en el ámbito nacional y europeo

Como venimos señalando, nos encontramos en presencia de una extraordinaria paradoja consistente en la importante proliferación de servicios profesionales sanitarios puestos a disposición del público y su correlativa falta de regulación completa y acabada en nuestros textos jurídico-positivos. Nos encontramos por ello ante un contrato de carácter parcialmente atípico y de progresiva configuración jurisprudencial y doctrinal pero que no ha llegado a plasmarse normativamente de un modo integral y autónomo. En este sentido, echamos de menos la tipificación definitiva del contrato⁶⁰¹, lo que, según nuestro parecer, requiere con carácter previo su construcción científica como tipo autónomo, si bien bajo el molde de contrato de servicios e integrado en la categoría de contrato de consumo, como fórmula que mejor satisface el principio de autonomía del paciente⁶⁰². En este sentido, debemos advertir que la

⁶⁰¹ Cfr. en este sentido, el proceso de tipificación al que se refiere GETE ALONSO Y CALERA María del Carmen, *Estructura y Función del Tipo Contractual...*, ob.cit., p. 18 y 19, considera que esta definición de tipo permite distinguir dos clases de tipicidad: “En efecto, si la tipicidad opera sobre una determinada realidad social que se toma como base, y a la que de tipo social se eleva a la categoría de tipo jurídico; cabe decir que la conducta o relación social de la que parte la tipicidad contractual es, en primer término, el *Contrato* considerado *in genere*: o sea el acuerdo de voluntades tendente a producir obligaciones. (...) Posteriormente, de la conducta base o tipo jurídico ya creado, se procederá a una nueva reordenación o reorganización: del contrato *in genere* se diversificará a distintos contratos a los que se llamará, precisamente, *tipos contractuales*. En este orden de cosas puede hablarse, entonces, de una *tipicidad de primer orden o grado* -el contrato- frente a otra de *segundo orden o grado* -los contratos-”.

⁶⁰² La calificación jurídica del contrato de servicios médicos como contrato de consumo y, por tanto, la aplicabilidad al mismo de las normas de protección jurídica de los consumidores, no es un tema que haya tenido excesivo eco en nuestra literatura jurídica pero ha sido especialmente puesta de relieve por la doctrina portuguesa. DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimiento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil...*, ob.cit, p.37; FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “Os Contratos Cíveis de Prestação de Serviço Médico”..., ob.cit. p.89.

posición que se adopte en este asunto, en ningún caso resulta neutral. Postular la regulación *ad hoc* del contrato de servicios sanitarios implica apostar por la superación de la todavía influyente autorregulación médica que se abre paso como herramienta de tipicidad social muy discutible en una relación intrínsecamente vertical como es la asistencial. Por el contrario, resulta evidente que el desinterés por el diseño de un tipo regulado fomenta la autorregulación, fenómeno que, en el caso que nos ocupa, presenta el grave inconveniente de su insuficiencia como mecanismo corrector de asimetrías contractuales.

Así las cosas, quizá el punto de partida estribe en tipificar un moderno contrato de servicios, para después proceder a regular las singularidades del contrato sanitario. En este sentido, echamos de menos la positivización de un contrato general de servicios, susceptible de resultar matizado en relación con determinadas prestaciones concretas. En otras palabras, la práctica mercantil contemporánea exige la superación del anacrónico arrendamiento de servicios como figura contractual y la construcción de un tipo autónomo multicomprendivo de los diferentes servicios que pueden proporcionarse a cambio de un precio en dinero. Dentro de este supraconcepto, resultará igualmente deseable el diseño de las peculiaridades del contrato de servicios sanitarios.

Intentos en relación con la primera fase –positivización del contrato de servicios- no han faltado. En este sentido, la doctrina ha venido acuñando, con diferente grado de extensión un supraconcepto de “contrato de servicios”⁶⁰³, si bien en muchos casos, más que una categoría

⁶⁰³ En este sentido, GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis “El contrato mercantil de servicios”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 1, 1997, p.297, donde señala que “deberíamos hablar –como categoría genérica y común- de los contratos de prestación de servicios “lato sensu”, clasificándolos en diversas subcategorías: A) Por su objeto: según que se trate de contratos de prestación de servicios consistentes en la realización

negocial ha resultado ser un mero criterio clasificatorio de la contratación mercantil⁶⁰⁴. En otros casos, ni siquiera resultan incluidos en la relación de contratos de Derecho privado⁶⁰⁵.

de actos materiales, por cuenta ajena, o bien de contratos de prestación de servicios de gestión de negocios ajenos; de realización de actos jurídicos por cuenta ajena, o de colaboración o facilitamiento de la realización de actos jurídicos, igualmente por cuenta ajena (...); B) Por su objeto material: la "res" sobre la que recaen (...); C) Por el grado de dependencia del prestador de servicios, respecto de su principal o comitente (...)."

⁶⁰⁴ La situación en la manualística española es ciertamente heterogénea. A mero título de ejemplo, y sin ánimo exhaustivo, VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 917, identifica la categoría de contratos de prestación de servicios con el concepto de "contratos de hacer", por oposición a los "contratos de dar", pero no los desarrolla como categoría autónoma sino como criterio clasificatorio. En el manual De VALPUESTA FERNÁNDEZ, Mª Rosario (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, se formula un concepto general de "contrato de servicios" calificándolo como categoría "atécnica" (p. 706), incluyendo dentro de la misma el contrato de servicios en sentido estricto, el contrato de obra, el contrato de transporte y el contrato de mandato (p.729). Sugerente y clarificador, como siempre, es el criterio clasificatorio expuesto en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y VÉRGEZ, Mercedes, "Especialidades de la contratación mercantil", en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp.82-85, quienes sistematizan los contratos en atención al mercado en que se desenvuelven distinguiendo entre "contratos relacionados con el mercado de bienes y productos", "contratos relacionados con el mercado de servicios", "contratos relacionados con el mercado de valores y del crédito" y "contratos relacionados con el mercado del riesgo". Dentro de los "contratos relacionados con el mercado de servicios", se cita como prototipo el contrato de obra por empresa, pero no se menciona como tipo autónomo el contrato de servicios. En el caso de BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y ORDUÑA MORENO, Javier (Dir.), *Curso de Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, sí se hace mención a los contratos de servicios no sólo como criterio de clasificación (contrato de servicios en general) sino también definiendo las notas fundamentales del tipo, comunes a todos ellos (pp. 545 a 547). Bajo la rúbrica de contratos de servicios en sentido amplio se estudian: el contrato de servicios *stricto sensu*, el contrato de obra, el contrato de transporte, el contrato de depósito, el contrato de asistencia técnica, el contrato de agencia y los contratos de distribución.

⁶⁰⁵ No aparecen citados en las clasificaciones propuestas por BROSETA PONT, Manuel/ MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II, 15ª ed., Tecnos, 2008, p. 58 o RUIZ DE VELASCO, Adolfo, *Manual de Derecho Mercantil*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1992, p. 549. Tampoco se mencionan específicamente en el manual de JIMÉNEZ

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta a los efectos que nos ocupan la frustrada iniciativa de *Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra de 1994*⁶⁰⁶, que daba nueva redacción al artículo 1.583 CC creando un tipo autónomo de contrato de servicios, definiéndolo del siguiente modo: “Por el contrato de servicios una de las partes se obliga, a cambio de una retribución, a realizar una determinada actividad considerada en sí misma y no por su resultado. Los contratos de trabajo se regirán por su propia legislación”. En este sentido, es suficientemente elocuente la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley cuando explica que:

"(...) se abandona la denominación de "arrendamiento de obras y servicios" para sustituirlas por las de "contrato de servicios y contrato de obra". Se sigue con ello una tendencia, ya consagrada firmemente en la Doctrina, y no sólo en la española, unánime en la idea de que la teoría unitaria del

SÁNCHEZ, Guillermo J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, que emplea el título de “arrendamientos mercantiles” (p.485). No resultan objeto de estudio como categoría general ni en SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 31ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008 ni en DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil...ob.cit. passim*.

⁶⁰⁶ *Boletín Oficial de la Cortes Generales*, Serie A, Proyectos de Ley, 12 de abril de 1994, nº 58-1, documentación nº 115. La sobrevenida disolución de las Cortes supuso que el Proyecto de Ley finalmente no viera la luz. Sobre la regulación del contrato de servicios en el Proyecto, *vid.* LÓPEZ y LÓPEZ, Ángel Manuel, “La proyectada nueva regulación del Contrato de Servicios, en el Código civil”, en GONZÁLEZ GARCÍA, José (Coord.), *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y obra*, Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pp.31 y ss; CORDERO LOBATO, E., “Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y obra”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 875-898. Con referencias a los intentos codificadores en materia civil y mercantil, *vid.* RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, “la reforma de los Códigos, civil y mercantil: la unificación de Derecho de obligaciones y contrato y la sede normativa de consumo”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 34, 2010, Westlaw BIB 2010/134,

arrendamiento no tiene hoy otra justificación que el respeto a un precedente histórico completamente superado (...).

Con ser esta cuestión terminológica la más llamativa, el tema no queda circunscrito a ella, sino que trasciende a la naturaleza de aquellos contratos y a su contenido y regulación. Los contratos de arrendamiento, en sentido propio, responden a la finalidad de ceder o transmitir a una persona el uso o el uso y disfrute de una cosa. Su figura característica es el arrendamiento de cosas. Mientras que en los llamados impropiaemente arrendamiento de obras o servicios se configuran contratos cuyas prestaciones son típicas obligaciones de hacer, por lo que ni siquiera por vía de analogía cabe aplicarles ni una sola de las reglas que el Código establece para el arrendamiento (...)

Sin embargo, con posterioridad la *Propuesta de Anteproyecto de Ley para la Reforma del Libro IV del Código Civil sobre obligaciones y contratos de 2009*⁶⁰⁷, emanada de la Sección Primera de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, silenciará la regulación autónoma del contrato de servicios⁶⁰⁸. No obstante, se ha “descubierto” la existencia de un

⁶⁰⁷ El texto completo, bajo el título “*Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*”, puede consultarse en el Suplemento al *Boletín de Información de Ministerio de Justicia*, año LXIII, nº 2076-2077, 15 de enero de 2009. *Vid.* sobre el texto los diversos comentarios recogidos en la obra colectiva coordinada por ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Atelier, 2011.

⁶⁰⁸ Únicamente modifica la regulación de los contratos de compraventa, arrendamientos de fincas urbanas censos, sociedad, préstamo, depósito y fianza. No obstante, BELUCHE RINCÓN, Iris, “El contrato de servicios. El derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, nº 2, 2015, p.80, cita un oficioso “Borrador de Anteproyecto sobre el contrato de Servicios” elaborado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación en 2011 y que, bajo la rúbrica “Del Contrato de Servicios”, en su capítulo 1 (“Disposiciones generales”) da una nueva redacción a los artículos 1581 al 1592 CC. Este texto *non nato* puede

oficioso “*Borrador de Anteproyecto sobre el contrato de servicios*” en el que habría trabajado la Sección Primera de la Comisión General de Codificación y que, bajo la rúbrica “Del Contrato de Servicios”, en su capítulo 1 («Disposiciones generales»), daría una nueva redacción a los artículos 1581 al 1592 CC⁶⁰⁹.

Veinte años más tarde de la propuesta de modificación del Código civil de 1994 y en sede mercantil, se ha diseñado, a partir de los excelentes trabajos de la Sección Segunda de Derecho Mercantil, la regulación autónoma de un contrato de servicios en el *Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014*, del que cabe alabar la clara apuesta por el concepto de “prestador”. No obstante, nos atrevemos a sugerir que hubiera resultado deseable la formulación adicional de un contrato de servicios sanitarios como tipo autónomo inscribible, al mismo tiempo, en la categoría contractual general (“contrato de servicios”) de la que constituiría una modalidad⁶¹⁰. Podría argüirse de contrario que no resulta necesario crear

consultarse en ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contrato de servicios”, *Notarios y Registradores*, 2013, disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013contrato-de-servicios.htm> (consulta 26-12-2015).

⁶⁰⁹ Citado por BELUCHE RINCÓN, Iris, “El contrato de servicios. El derecho del cliente a desistir de forma unilateral”..., ob.cit., p.80. Este texto non nato puede consultarse en ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contrato de servicios”, *Notarios y Registradores*, 2013, disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm> (consulta 26-12-2015).

⁶¹⁰ A título de ejemplo y como país a la vanguardia de tal tendencia que luego ha tenido importante influencia en los textos prelegislativos europeos, cabe citar a Holanda que tipificó en su Código Civil (BW) de 1992, tras la reforma operada en 1995, un específico contrato de tratamiento médico (artículo 7:466-468), recibiendo el aplauso general de la doctrina: HONDIUS, Ewoud H. y VAN HOOFT Annet, “The New Dutch Law in Medical Services”, *Netherlands International Law Review*, XLIII, pp.1-8; HONDIUS, Ewoud, “Chapter 13- Specific Contracts” en CHORUS, Jeroen; GERBERT, Piet Hein y HONDIUS, Ewoud H. (Eds.) *Introduction to Dutch Law*, Kluwer International, The Hague, 2006, p.231; GIESEN, Ivo y ENGELHARD, Esther, “Medical Liability in the Netherlands”, en KOCH, Bernard A. (ed.) *Medical Liability in*

un subtipo teniendo en cuenta que su objeto, al fin y a la postre, resulta calificable como prestación de servicios. Sin embargo, creemos que existen elementos moduladores de la prestación de servicios sanitarios que hacen aconsejable su regulación autónoma, aún deudora de un tipo general. Nos adherimos por ello a la arquitectura del contrato formulada en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR): regulación general de un contrato de servicios y positivización específica del contrato de servicios sanitarios (en el DCFR, contrato de tratamiento de médico), con preferencia de la aplicación de esta última en caso de conflicto.

De esta forma, alcanzaríamos tres objetivos fundamentales de naturaleza dogmática, sistemática y funcional, respectivamente. En primer término, abandonar la polémica, progresivamente superada, del tipo contractual aplicable a la relación jurídico-asistencial privada. En segundo lugar, desde un punto de vista sistemático, la positivización como figura autónoma del contrato de servicios médicos permitiría armar en torno a una única figura la fragmentaria y dispersa legislación existente en la materia. En este sentido, conviene no olvidar, como hemos visto, que tanto la LAP como la LOPS contienen importantes prescripciones sobre el régimen jurídico de las obligaciones de las partes en la prestación médica, a las que se yuxtapone la normativa del TRLGDCU sobre contratos de consumo. Ello no supondría en ningún caso derogar dichas normas, que jugarían como suelo normativo general para cualquier relación jurídico-asistencial, ya fuera pública o privada. Sucedería, de contar con una regulación específica del contrato de asistencia sanitaria, que ésta tendría un carácter adicional y en todo caso preferente a la regulación de carácter general. En último término, la articulación formal de un tipo específico se

Europe. A comparision of Selected Jurisdictions, De Gruyter, Berlin, 2011, p. 384.

encontraría al servicio de un incremento de la protección del paciente, partiendo de su consideración de consumidor y, por ello, de parte más débil de la relación jurídica. En este sentido, la construcción de un tipo contractual autónomo se inserta en la idea que tiñe la totalidad de este trabajo que no es otra que la de incorporar cumulativamente instrumentos adicionales de tuición del usuario a partir de la caracterización de la relación de prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo.

Como hemos adelantado, esta apuesta por la tipificación del contrato de servicios médicos que aquí se hace, cuenta con dos importantes referentes académicos. De una parte, a nivel nacional, la Sección Segunda de lo Mercantil de la Comisión General de Codificación ha recogido un específico contrato de prestación de servicios, abandonando definitivamente la denominación de arrendamiento de servicios y acogiendo con ello el concepto de prestador, en sentido amplio e incluso tanto de empresario *stricto sensu* como de profesionales liberales. Por otro lado, en el ámbito europeo, los académicos integrantes del “*Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo*” y del “*Grupo Acquis*”, han ido incluso más lejos en tanto que, a la regulación del contrato de servicios, han añadido como modalidad del mismo el denominado contrato de tratamiento médico. A nuestro juicio, ambas tendencias académicas y, en particular la ahornada a nivel comunitario, nos enseñan el camino hacia la dirección correcta. En todo caso, entendemos que la prestación privada de servicios sanitarios debiera contar con una regulación contractual autónoma, ya que parece evidente la existencia de determinadas modulaciones y singularidades que escapan del modelo general. Así ha sido entendido incluso en nuestro ordenamiento jurídico en el caso de la asistencia sanitaria derivada del contrato de seguro, en la

medida en que la LCS regula el seguro de asistencia sanitaria como modalidad autónoma del seguro de personas.

3.3.- Su carácter de contrato de prestación de servicios en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014

3.3.1.- Planteamiento: el prestador

Como hemos anticipado, la calificación del contrato de prestación de servicios sanitarios como “contrato de prestación de servicios” encontraría adecuado acomodo en la (¿futura?) regulación del Derecho mercantil español. En efecto, debemos traer a colación, tanto por la importancia y prestigio académico de sus inspiradores, como por el carácter sistemático y modernizador de la ingente obra emprendida, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil⁶¹¹. El texto en su artículo 533-1, apartado 1, define aquél del siguiente modo:

‘Por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer

⁶¹¹ Aprobado como Anteproyecto de Ley por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014. El texto trae causa de la Propuesta de Código Mercantil elaborado por la Sección Segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación que fue presentada el 17 de junio de 2013, tras años de intenso y riguroso trabajo de una amplia y prestigiosa nómina de mercantilistas presidida por el profesor Alberto BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. Pese a que el Anteproyecto presenta diferencias, algunas relevantes, con la Propuesta elaborada por la Comisión General de Codificación, fruto, entre otras circunstancias, de la incorporación de criterios resultantes de los trámites de información pública y de emisión de dictámenes, constituye un valioso elemento de referencia de las tendencias jurídico-mercantiles, al margen de la suerte legislativa que finalmente corra.

necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado”

Desde la perspectiva subjetiva del prestador, nótese que la referencia se efectúa al “*empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código*”. En este sentido, el Código considera empresarios, a tenor del apartado a) del precepto a los siguientes sujetos:

- “1º. Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales;
- 2º. Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en el número anterior;
- 3º. Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto”.

Pero también pueden ocupar la posición contractual de prestador otros sujetos del artículo 001-2, entre los que se citan de forma expresa los profesionales liberales, mencionados como “*operadores del mercado*”⁶¹² en su apartado b) cuando se refiere a:

“las personas físicas que ejerzan profesionalmente y en nombre propio una actividad intelectual, sea científica, liberal o artística, de producción de bienes o de prestación de servicios para el mercado”⁶¹³.

⁶¹² Categoría de nuevo cuño con la que se pretende el ensanchamiento del Derecho mercantil que, sin duda, provocará la mercantilización de sujetos hasta entonces excluidos de su disciplina.

⁶¹³ El apartado c) cita también a las “*las personas jurídicas que, aun no siendo empresarios y con independencia de su naturaleza y objeto, ejerzan*

3.3.2.- *El ordenante-consumidor*

Junto al prestador el otro elemento subjetivo del contrato es el ordenante, figura que en nuestro caso reservamos a quien ocupa la posición de usuario, término que sin duda preferimos, dado que resulta más apropiado para referirse a la principal posición de la contraparte del prestador: utilizar sus servicios, satisfaciendo así sus necesidades. En todo caso, en el contrato del Anteproyecto el ordenante puede ser empresario, en cuyo caso se trataría de una relación mercantil ajena a nuestro estudio, o bien un particular-persona física, circunstancia que determinaría la presencia de una relación jurídica de consumo, vínculo que la norma proyectada incluye en el manto de lo mercantil en sentido amplio. En este sentido, el apartado 1 del artículo 001-3 regula el ámbito objetivo señalando que:

“1. Son mercantiles y quedan sujetos a las normas del presente Código:

a) Los actos y contratos en que intervenga un operador del mercado sujeto a este Código conforme al artículo 001-2 y cuyo contenido principal pertenezca a las correspondientes actividades expresadas en ese artículo.

*alguna de las actividades expresadas en este artículo, así como los entes no dotados de personalidad jurídica cuando por medio de ellos se ejerza alguna de esas actividades”. Se trataría de sujetos no empresarios que desarrollan las actividades descritas en los apartado a) y b). Así, OLIVENCIA RUIZ, Manuel, “Delimitación de la materia mercantil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 64, cita, a título de ejemplo, asociaciones o fundaciones, o bien entes no dotados de personalidad jurídica como fondos de inversión y uniones temporales que oferten bienes y servicios en el mercado.*

- b) Los actos y contratos que, por razón de su objeto o del mercado en que se celebren, el Código califica de mercantiles.
- c) Los actos de competencia en el mercado”.

Consecuentemente, la condición de consumidor no sería óbice para la sumisión de éste a las disposiciones del Anteproyecto dado que la mera presencia del operador de mercado permite calificar el contrato como mercantil. Ello se explica en el apartado I-2 de la Exposición de Motivos que señala que:

“Desde el punto de vista objetivo, las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil. Ciertamente es que, desde el punto de vista subjetivo, por razón de la persona, a los efectos del estatuto mercantil, y objetivo, por razón de la naturaleza de las operaciones, pueden quedar sometidos a normas específicas, distintas de las del Código mercantil, tanto los operadores del mercado como las relaciones jurídicas en que se desarrolla su actividad externa, principalmente con consumidores, cuya legislación protectora se aplicará, en lo pertinente, con prioridad a este Código”.

Por ello, la consideración mercantil de las relaciones jurídicas de consumo se entiende sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas tutelares del consumidor, conforme al apartado 2 del artículo 001-3, consideración ya vigente, como regla general, en el artículo 59.2 TRLGDCU⁶¹⁴.

⁶¹⁴ El apartado 2 señala que “cuando en los actos y contratos referidos en el apartado anterior intervenga un consumidor, la aplicación de las normas de este Código se hará sin perjuicio de la legislación protectora de los

Este planteamiento es en el fondo heredero del que lucía en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad, de 2006⁶¹⁵. Dicho texto prelegislativo tenía un contenido mucho más limitado, pero su artículo 50 establecía un criterio análogo al calificar en su apartado 1 la mercantilidad del contrato a partir del concepto de empresario [“Son contratos mercantiles los celebrados por empresarios en el ejercicio de su actividad profesional, incluidos los realizados con los consumidores”] para más adelante regular la aplicabilidad de la normativa de defensa del consumidor en el segundo párrafo del apartado 3 [“Serán aplicables a los contratos mercantiles con los consumidores las normas para la protección de éstos, establecidas en este Código o en leyes especiales”].

3.3.3.- El objeto del contrato.

En cuanto a la dimensión objetiva, la definición del Anteproyecto de Código Mercantil establece como obligación fundamental del prestador la de llevar a cabo *“una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado”*, lo que pone de relieve el carácter de obligación de

consumidores”. Cfr. el clarificador y sugerente estudio de GALÁN CORONA, Eduardo, “Contrato de servicios mercantiles y contrato de servicios electrónicos en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014, p. 421. pp.419-432.

⁶¹⁵ El texto puede consultarse en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LX, 1 de febrero de 2006, nº 2006, pp. 203-216. Sobre el mismo, véase el resumen de ALCALDE SILVA, Jaime “Comentario sobre la “Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del ‘Código de Comercio’ español en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2011, pp. 39-92.

medios de su prestación. En este sentido, el artículo 531.2 determina lo siguiente:

- “1. El prestador del servicio deberá realizar la actividad objeto del contrato con la diligencia exigida por la índole de aquél y conforme a las reglas de la correspondiente profesión, oficio o arte, sin perjuicio de las reglas concretas sobre la calidad del servicio que pacten las partes.
2. Asimismo deberá desarrollar su actividad conforme a las instrucciones razonables recibidas del ordenante, con tal de que no supongan una variación de la prestación convenida o una intromisión en el ámbito de su profesión, oficio o arte”.

En este sentido, el precepto acoge la doctrina del “resultado razonable” conforme a la *lex artis ad hoc* que constituye de este modo el parámetro de la diligencia exigible. Por tanto, en principio, consagra una obligación de medios (“diligencia exigida por la índole de aquél y conforme a las reglas de la correspondiente profesión, oficio o arte”), salvo que el resultado se garantice por acuerdo de las partes (“sin perjuicio de las reglas concretas sobre la calidad del servicio que pacten las partes”). Puede observarse fácilmente que dichas reglas se acomodan al carácter de la prestación de servicios sanitarios que, como resulta sabido, se rige por la regla de la *lex artis ad hoc*, cuya observancia constituye parámetro de exigencia de responsabilidad, si bien echamos de menos una referencia al resultado garantizado, ya no como producto del pacto de los contratantes sino como oferta unilateral del prestador. En todo caso, la omisión puede fácilmente resolverse si aplicamos la regla de la integración contractual de la oferta, promoción y publicidad *ex* artículo 61 TRLGDCU.

Cabe resaltar que, desde la perspectiva del ordenante (aquí, usuario), se asume una “*una contraprestación en dinero*”, separándose del

criterio de los vigentes artículo 1.543 y 1.544 CC que se refieren a un “*precio cierto*”, sin exigencia expresa a que tal precio se instrumente en dinero. Sin perjuicio de las críticas que ha recibido la previsión⁶¹⁶, creemos que la moderna configuración del contrato de prestación de servicios debe contemplar como requisito de la prestación del destinatario la exigencia dineraria que no es sino manifestación del desenvolvimiento de la economía moderna y de las necesidades de control tributario de los ingresos de los prestadores.

3.3.4.- *¿Contrato civil o mercantil?*

Sentadas estas premisas, no cabe sino concluir que el contrato de servicios sanitarios, como, por otra parte, su propio nombre indica, se adapta a la configuración del contrato de servicios contenido en el Anteproyecto de Código Mercantil. No cabe ninguna duda sobre este encuadramiento desde el momento en que el Anteproyecto da un paso decidido en pro de la inclusión de las profesiones liberales, entre ellas las sanitarias, como “operadores de mercado”⁶¹⁷, que, desde esta perspectiva, quedaría configurado como un contrato mercantil.

⁶¹⁶ Así, GALÁN CORONA, Eduardo, “Contrato de servicios mercantiles y contrato de servicios electrónicos en el Anteproyecto de Código Mercantil”,... ob. cit., p. 422, expresa su sorpresa señalando que “*choca que [el Anteproyecto] exija que la obligación del ordenante se traduzca necesariamente en una prestación dineraria*”, afirmando que “*no se ve la necesidad (salvo quizá motivaciones fiscales) de que se imponga esta modalidad de contraprestación como elemento definitorio del contrato de prestación de servicios mercantiles*”.

⁶¹⁷ Así, el apartado I-12 de la Exposición de Motivos justifica esta inclusión en los siguientes términos: “Pero ese concepto central de empresario, basado en el previo de la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, no puede ya restringirse a lo “comercial”, según el concepto clásico que recoge el Código de comercio de 1885, expulsado hoy por la unidad del mercado; debe comprender también a empresarios dedicados a aquellas materias excluidas del Derecho mercantil, como la agricultura o la artesanía, que constituyen objeto de empresas cuyos

3.3.4.a)- *La tesis del contrato de servicios con consumidores como contrato civil*

No obstante esta tesis ha sido combatida por parte de la doctrina civilista⁶¹⁸, que ha opuesto diferentes razonamientos. Así, con carácter previo a la salida a la luz del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil ya se había señalado que la relación profesional-cliente debe calificarse como contrato civil⁶¹⁹ o que no cabe extender un derecho especial de los comerciantes a la categoría de derecho general de los ciudadanos⁶²⁰. No

titulares actúan asimismo en el mercado. *Y debe comprender también a otras personas que, no siendo empresarios desde el punto de vista económico, dada la naturaleza intelectual de los bienes que producen o de los servicios que prestan (científicos, artísticos, liberales) han de incluirse entre los operadores sujetos a este Código.* Esta equiparación se ha producido ya no sólo en el Derecho de la Unión Europea, que forma parte de nuestro Ordenamiento, sino en el de origen estatal, como sucede con el Derecho industrial y el Derecho de protección de los consumidores” (la cursiva es nuestra).

⁶¹⁸ En este marco cabe inscribir los intentos antes expuestos de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación de modificar el Código Civil para regular un contrato de servicios autónomo.

⁶¹⁹ Cfr. RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales...”, ob.cit. p. 682, quien califica como civil la relación contractual por la que el profesional liberal se compromete frente al cliente a desarrollar de modo exclusivo una actividad diligente, denominándolos “contratos civiles de servicios”.

⁶²⁰ ESCARTÍN IPIÉNS, vocal de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, ha señalado, que “en este punto lo que defiende es que el Derecho Civil en materia de obligaciones y contratos es insustituible a la hora de regular el Contrato de Servicios, pero con dos precisiones: limitarse al ámbito de la relación contractual y obligatoria; y recibir, junto a su acervo tradicional de Disciplina Científica, los requerimientos que le plantea una realidad social en acelerada transformación (...) La legislación mercantil ha sufrido desde las últimas décadas del pasado siglo un proceso de descodificación muy amplio, de tal forma que el Código de Comercio ha quedado como un texto residual y ello afecta a muchos de los contratos que regulaba o regula el citado Código y, entre ellos los que pudieran comprenderse dentro del género de Contrato de Servicios que hemos definido al comienzo de este trabajo (...). Siendo fundamental la aportación que ha realizado el Derecho Mercantil al Derecho de Contratos, resulta, no obstante, poco defendible, generalizar un Derecho Especial de los Comerciantes a la categoría de Derecho General de todos los ciudadanos” (ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contrato de servicios”... ob.cit. Más ampliamente, ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “Contrato de servicios”, en AA.VV., *Autonomía de la*

obstante, la polémica se ha reavivado como consecuencia de la aparición del texto prelegislativo, lo que ha provocado críticas desde distintos sectores. En este sentido, se ha objetado desde la perspectiva de la sistemática de la codificación que el código mercantil no constituye el lugar idóneo para regular la materia, constituyendo una insólita decisión en la historia del Derecho comparado y en contra de las actuales tendencias legislativas comparadas⁶²¹. En este sentido, se apunta que la actual de sistematización legislativa de las normas de protección de los consumidores en los Estados miembros de la Unión Europea bascula entre refundir las normas de consumo en el Código civil⁶²², elaborar un Código de consumo autónomo⁶²³ o mantener una pluralidad de normas especiales de consumo con una ley más o menos marco o general⁶²⁴, pero en ningún caso se ha optado por integrar las normas de consumo en los existentes Códigos de comercio⁶²⁵. También se ha criticado que la solución del Anteproyecto es contraria a los textos internacionales de armonización del Derecho privado (*Principles of International Commercial Contracts*- PICC- de UNIDROIT, *Principles of European Contract Law*- PECL-, *Draft of Common*

voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 15 aniversario de la Ley del Notariado, Tomo III-1, Derecho Patrimonial 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013, pp. 601-659).

⁶²¹ *Vid.*, con carácter general, como sugerente trabajo de referencia, CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, *ob.cit.*, en especial, p.114.

⁶²² Holanda en 1992 y Alemania en 2002.

⁶²³ De los principales países europeos tal sería el caso de Francia o Italia con Código de consumo propio. CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”...., *ob.cit.*, p. 108 también incluye el TRLGDCU español, el Código de Consumo catalán, o las leyes de Rumanía o Bulgaria. Por nuestra parte, añadimos el caso de Portugal que cuenta con una Ley de Defensa del consumidor similar a la española.

⁶²⁴ Reino Unido en 2015 con la *Consumer Rights Act*.

⁶²⁵ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”..., *ob.cit.* p.114.

Frame of Reference –DCFR- o la *Common European Sales Law* -CESL-) que preservan el carácter civil, privado o autónomo del Derecho de consumo, en ningún caso unilateralmente mercantil⁶²⁶.

Entre otras muchas críticas⁶²⁷, también se apuntado que el verdadero propósito del Código es conseguir la unidad de mercado y evitar la proliferación de normas por parte de las Comunidades Autónomas con legislación civil propia⁶²⁸, defendiéndose en definitiva

⁶²⁶ OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, “El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos”, *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 2014, pp. 37-66.

⁶²⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Civil*, nº 1, 2014, pp. 7-27. Baste transcribir el propio sumario de su trabajo: a) se trata de una propuesta que, al menos en lo referente al derecho de contratos, resulta obsoleta y extemporánea; b) la propuesta parte de un concepto de lo mercantil que resulta ser prácticamente omnicompreensivo. c) a pesar de autoproclamar al derecho civil como derecho especial, la propuesta desvirtúa totalmente esa calificación; d) la propuesta está transida por el deseo de blindar el carácter mercantil del régimen de las obligaciones y los contratos. e) la expansión del perímetro de lo mercantil no solo es criticable: contradice la mejor doctrina y la jurisprudencia es totalmente arbitraria es inconstitucional, no se adapta a un modelo de código y no soluciona el problema que pretende. También en contra, TENA ARREGUI, Rodrigo, “Un Código nuevo en odres viejos”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 69-82.

⁶²⁸ “Ahí queda traslucido el auténtico motivo de la alteración de la tradicional y natural calificación jurídico-civil de la compraventa de consumo: la cuestión competencial” [CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”..., ob.cit. p.121]. En el mismo sentido, GETE-ALONSO CALERA, María del Carmen, “Las nociones de mercantilidad del proyecto de Código mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, nº 4, 2014, pp. 27-65, quien señala que “una norma que autodeclara lo qué es mercantil en base a un principio que no existe, realmente no puede imponer el criterio de manera unilateral, en el ámbito de las relaciones patrimoniales porque si así fuera sustituiría o imposibilitaría el ejercicio de la competencia que corresponde a aquellas Comunidades Autónomas que tienen competencia en materia civil, además de que se situaría por encima del legislador civil (ya estatal ya autonómico) si dijera lo contrario. Si se quiere unificar el sustrato de las relaciones jurídicas obligatorias no es este el camino sino el de las bases de las obligaciones contractuales (art. 149.1.8º CE), que, por cierto, es legislación civil (las bases)”

que sea el Derecho civil el que regule tanto las relaciones entre particulares como las relaciones entre empresario y consumidor⁶²⁹.

También el Dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 29 de enero de 2015⁶³⁰ se ha manifestado en contra de aspectos nucleares del Anteproyecto señalando con carácter general:

(p.42). También defiende que “no puede confundirse unidad del mercado con la unidad normativa, aquella no es un principio jurídico imperativo dimanado de la Constitución; ésta, la unidad normativa en materia de derecho patrimonial claramente no tiene amparo constitucional, sino que más bien es al contrario. Y si la referencia es a las bases de las obligaciones contractuales, la equivocación es mayúscula, porque a quien corresponde hacerlo es al legislador civil (art. 149 1ª 8 CE), en lo que sea básico” (p.48). También, desde el campo mercantil, con opinión desfavorable, GONDRÁ ROMERO, José María, “La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 27-51 y ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “El Anteproyecto de Código Mercantil (I)”, *Derecho Mercantil (blog)*, 5 de junio 2014, disponible en <http://derechomercantiles pana.blogspot.com.es/2014/06/el-anteproyecto-de-codigo-mercantil-i.html>; (acceso el 5-2-2015) que críticamente señala que “no hay ninguna buena razón para promulgar un Código de Comercio. La única de peso que se ha dado es política: ocupar el espacio legislativo reservado por la Constitución al Estado (“legislación mercantil”) para evitar que las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen competencia en materia de Derecho Civil foral, desborden sus competencias”.

⁶²⁹ GÓMEZ POMAR, Fernando, “Un nuevo Código”, *InDret*, nº 3, 2013. Editorial, sostiene [en un momento en el que no se había aprobado el Anteproyecto sino solo la Propuesta de la Comisión General de Codificación] que “no parece muy lógico que, por motivos de competencias normativas territoriales, hagamos de lo que debiera ser Derecho de contratos general el “Derecho de contratos especial de los operadores del mercado”. Todos somos operadores del mercado en una economía capitalista”. Téngase en cuenta también el documento colectivo elaborado por el Grupo Actualiza (Grupo para la reforma y actualización del Derecho Privado en España) e integrado por diferentes profesores de derecho civil. Sus alegaciones y propuestas en CAÑIZARES LASO, Ana; GARCÍA RUBIO, María Paz; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; INFANTE RUÍZ, Francisco J.; MARTÍN CASALS, Miquel; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco; SOLÉ I RESINA, Judith; TORRES GARCÍA, Teodora, “Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil hechas por el Grupo Actualiza”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 67, 1, 2014, pp. 219-225.

⁶³⁰ Número de expediente: 837/2014. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2014-837>. Vid. sobre el dictamen, el comentario de RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil», *Diario La Ley*, nº 8486, Sección Columna, 23 de febrero de 2015.

“[D]ebe revisarse otra de las grandes directrices del proyectado nuevo Código Mercantil, cual es la de calificar de mercantiles un gran número de actos por el mero hecho de que en ellos esté presente y sea parte un operador del mercado. Esta directriz es especialmente desaconsejable, ya que supone una injustificada extensión del ámbito de lo mercantil y distorsiona gravemente las relaciones que deben existir entre la legislación general civil y la legislación especial mercantil. De hecho, esa orientación del Anteproyecto supone trasladar al Derecho Mercantil infinidad de cuestiones y contratos que han venido siendo y son actualmente civiles, y respecto de los que no existen datos que justifiquen mudar su naturaleza y transformarlos en mercantiles. Un ejemplo especialmente gráfico es el de una simple y sencilla compraventa en un establecimiento mercantil, caso paradigmático de compraventa civil que, sin embargo y de seguirse el criterio de atribución de mercantilidad por el solo hecho de que sea parte un operador del mercado, pasaría a convertirse en compraventa mercantil, sin que existan, sin embargo, datos que avalen semejante transformación (...)”.

Más adelante, el dictamen criticará la figura del “operador del mercado” como criterio rector de la materia mercantil⁶³¹ y, en relación con

⁶³¹ Indica que (...) En síntesis, estima este Consejo que el modo en que el Anteproyecto introduce y utiliza la figura del “operador de mercado” no puede erigirse en criterio delimitador del ámbito de lo mercantil. Más en concreto, esa figura no puede convertirse en una categoría general y abstracta, cuya sola presencia determine *per se* que se esté ante relaciones y actos de naturaleza jurídico-mercantil. En consecuencia, entiende este Consejo que ha de huirse de

la contratación en general, el dictamen reprochará que “el Anteproyecto refleja un Derecho mercantil que traspasa sus fronteras y se proyecta sobre ámbitos que le son ajenos”, señalando “la desmedida expansión del Derecho mercantil a costa del civil”. En este sentido, el Consejo de Estado se muestra particularmente crítico con la regulación del contrato de prestación de servicios mercantiles⁶³².

3.3.4.b)- La tesis del contrato de servicios con consumidores como contrato mercantil

La configuración del contrato de servicios con consumidores como mercantil resulta de sencilla recepción si asumimos que el contrato mercantil es, por naturaleza, un contrato de empresa, entendido este concepto en sentido amplio, razón por la cual la presencia del prestador profesional en la relación contractual permite *ipso iure* predicar su mercantilidad⁶³³. Así, desde la concepción del Derecho mercantil como

las contraindicaciones de utilizar la aludida figura con el alcance y extensión con que lo hace el proyectado nuevo Código Mercantil y que este último debe centrar su ámbito de aplicación en la regulación jurídico-privada de aquellos actos y contratos que, por las partes intervinientes, prestaciones asociadas, y restantes elementos concurrentes, expresen y materialicen una actividad organizada y dirigida a la producción e intercambio de bienes y de prestación de servicios”.

⁶³² Así señala que, “(...) Como más arriba se indicó, el Anteproyecto regula por vez primera el contrato de prestación de servicios mercantiles, separándolo del contrato de obra por empresa y de la configuración locaticia (arrendamiento de servicios) tributaria del Derecho Romano. (...) Una vez más ha de cuestionarse la oportunidad de extender, sin limitaciones, el carácter mercantil a todos los contratos de prestación de servicios realizados por empresarios o profesionales incluidos en el concepto de “operador del “mercado”. En este caso, la inadecuación del criterio se pone aún más de relieve, si cabe, por la existencia de la tradicional figura del trabajador autónomo, no siempre asimilable a la del empresario, y que puede servir como referencia para una mejor delimitación de los contratos de prestación de servicios que deben considerarse como mercantiles”.

⁶³³ Tempranamente ya hace años GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, “El contrato mercantil de servicios...”, ob.cit., p. 294, defendió la mercantilidad de los contratos de servicios, señalando que “la hipotética

Derecho de la empresa, las relaciones entre empresarios y consumidores se reputarían actos mercantiles. Así se defendió que los actos mixtos, mercantiles para una de las partes y civiles para la otra, tenían naturaleza mercantil, si bien esta doctrina, que se amparaba en el artículo 2 CCo ha sido hoy puesta en tela de juicio dado que no todo el Derecho de la empresa sería Derecho mercantil⁶³⁴.

En este sentido, como consecuencia de los ataques, algunos ciertamente furibundos y excesivos, que ha recibido el Anteproyecto de Código Mercantil, algunos de los ilustres mercantilistas de la Sección Segunda han defendido la solución del Proyecto como una opción de política legislativa. Resulta ilustrativa por la relevancia académica de su defensor, la posición de GARCÍA-CRUCES⁶³⁵ quien parte de la premisa, también explicitada en la Exposición de Motivos, de la necesidad de un mismo Código para un mercado único, con vigencia en todo el territorio nacional. Basa su defensa del texto prelegislativo en el sistema constitucional de distribución de competencias normativas en materia de

diferencia entre “servicios civiles” y “servicios mercantiles”, no puede ser admitida, si se interpreta como una noción apriorística, ya que sería como volver al camino impracticable de la “Teoría del Acto de comercio objetivo y aislado”. Lo que hace que la prestación de servicios sea mercantil, y no civil; es que pertenezca al ámbito del Derecho privado especial, y no al seno del Derecho común, no es la índole de los servicios en sí mismos, sino la forma que se llevan a cabo: sobre la base de una empresa; como una actividad económica organizada y planificada en términos de cálculo de costes y beneficios”.

⁶³⁴ Por todos, *vid.* las razones apuntadas por BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho privado...*, ob.cit. pp. 42-47.

⁶³⁵ GARCÍA-CRUCES, José Antonio, “Unidad del mercado y doctrina ius privatista (A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, LXIX, nº 2181, 2015, pp. 1-31. La Propuesta de la que trae causa el Anteproyecto también originó una amplia producción doctrinal. Como estudio de referencia *vid.* ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel “El Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 286, octubre-diciembre 2012, pp. 15-22.

Derecho privado entre el Estado y las Comunidades Autónomas⁶³⁶. De modo que, frente al artículo 149.1.8. CE, el art. 149.1.6 CE adjudica la legislación mercantil al Estado. En este sentido, señala que la distinción entre norma civil y norma mercantil no es sólo una realidad académica sino que sobre todo tiene relieve constitucional⁶³⁷. En este sentido, se realiza un riguroso estudio de la jurisprudencia constitucional recaída en la materia, invocando la doctrina que dejó sentado que la legislación mercantil “habrá de incluir en todo caso la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los empresarios mercantiles o comerciantes en cuanto tales” (STC 37/1981, de 16 de noviembre), reiterada en STC 13/1996, de 30 de enero, que afirma que “solo las reglas de Derecho Privado quedarán comprendidas en la reserva al Estado de la legislación mercantil”. En este sentido, sostiene que la unidad de mercado dudosamente puede alcanzarse por la vía civil, habida cuenta de que la competencia en la materia se circunscribe a las “bases de las obligaciones contractuales”. En este sentido, señala que el texto constitucional sanciona un principio de unidad de mercado que debe manifestarse en la uniformidad del régimen jurídico aplicable a éste, con apoyo en la STC 26/2002, de 1 de marzo (RTC 2012/26)⁶³⁸.

⁶³⁶ En el mismo sentido, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús y DÍAZ MORENO, Alberto, “Unas primeras reflexiones sugeridas por el anteproyecto de ley del Código mercantil y el principio de unidad de mercado”, en VV.AA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p. 206 quienes califican como principal mérito del Código “su incardinación en la competencia exclusiva del Estado sobre un sector normativo, el de la legislación mercantil, cuya disgregación en competencias autonómicas pondría en peligro (si se nos permite una triste profecía, destruiría casi indefectiblemente) la unidad del mercado nacional”.

⁶³⁷ *Ibidem*, p.11

⁶³⁸ Señala que “a fin de resolver esta cuestión debemos tomar en consideración que nuestra doctrina, desde la temprana STC 37/1981, de 16 de noviembre (RTC 1981, 37) , ha procedido a la delimitación del alcance de la legislación contractual, civil y mercantil, en relación con otras materias

En cuanto a la crítica que se ha formulado respecto a que el Anteproyecto contradice a la tradicional doctrina mercantilista española que en su día argumentó ampliamente sobre la necesidad de unificar la materia de obligaciones y contratos, el autor señala que la mayoría de las opiniones citadas se hicieron en un momento muy anterior a la vigencia del texto constitucional y a la situación que más tarde éste creara. La práctica inexistencia de normas distintas del Código Civil –entonces no autonómicas sino forales- en materia contractual no generaba riesgo alguno para la unidad de mercado⁶³⁹.

Respecto a la crítica consistente en que la tendencia del Anteproyecto es contraria a los textos internacionales de armonización del Derecho privado, también efectuada por el Consejo de Estado, se ha argüido de contrario que el verdadero motor de la profunda transformación del derecho de obligaciones y contratos es el Derecho Uniforme del Comercio Internacional: la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías de 1980 y los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, de modo que los restantes instrumentos (PECL, DCFR o CESL) no dejarían de ser en

competenciales entre las que se encuentra el comercio interior. Esta delimitación tiene como punto de partida la distinción entre, de un lado, lo que es regulación de las relaciones *inter privatos* y, de otro lado, la regulación de la intervención de los poderes públicos en estas relaciones contractuales, encuadrando el primer tipo de regulaciones en la materia de legislación civil o mercantil. En tal sentido, la fijación de la condición de comerciante, y, por extensión, la definición de la actividad derivada de dicha condición, corresponde al Estado pues la misma, en cuanto determina la uniformidad en la regulación jurídico-privada del tráfico mercantil, es una consecuencia ineludible del principio de unidad de mercado y se trata de una noción formulada al amparo del art. 149.1.6 CE, competencia que incluye la regulación de las relaciones jurídico-privadas de los comerciantes en cuanto tales. Por eso, dicha definición excede los límites de la competencia autonómica sobre comercio interior la cual, al regular estas relaciones entre los comerciantes y los destinatarios de sus servicios, está incidiendo en la legislación mercantil de competencia exclusiva estatal ex art. 149.1.6 CE”.

⁶³⁹ *Ibidem.* p. 22.

gran parte una copia de los principios emanados de esos instrumentos mercantiles internacionales⁶⁴⁰.

También se ha defendido que el nuevo paradigma de la mercantilidad tiene como consecuencia el ensanchamiento de la materia mercantil, justificado sobre la base de que en el mercado operan tanto los empresarios (todos ellos sin distinción alguna, y cualquiera que sea el tipo de bienes que produzcan o el tipo de servicios que presten), como otros muchos sujetos que, de forma similar, ofrecen sus bienes y servicios en el mercado. Por ello, el criterio que sigue el Anteproyecto no es sino fiel reflejo de la propia realidad, pues es un hecho que la expansión natural del Derecho mercantil ha ido invadiendo otras zonas del Derecho privado, y que hoy, junto a los empresarios, muchos otros operadores ofrecen sus bienes y servicios de manera profesional y actuando con criterios de mercado (ya sea en relaciones empresariales o en relaciones con consumidores). Así se ha señalado que “con este nuevo planteamiento desaparece de un plumazo la clásica problemática de los actos mixtos, desde el momento en que para el proyectado Código mercantil son mercantiles los contratos en que intervienen operadores de mercado en actividades de producción de bienes y servicios para el mercado,

⁶⁴⁰ PERALES VISCASILLAS, Pilar, “¡Larga vida al Derecho mercantil de obligaciones y contratos! (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en la parte de teoría general de obligaciones y contratos)” *La Ley mercantil*, nº. 13, 2015, pp. 4-10, quien además los califica de una mala copia de los principios UNIDROIT, “regionalizando las soluciones -y sí, lo empleo en sentido peyorativo- y compitiendo deslealmente con esos instrumentos, particularmente el primero, de vocación universal. Es, pese a quien le pese, el Derecho mercantil internacional, la disciplina que está construyendo el moderno derecho de contratos y su teoría general, viniendo el Libro IV a recoger dichos principios y normas en su lugar natural que es el Código Mercantil. Que algunas de dichas normas puedan servir además para un Código Civil no debe suponer un cambio en la perspectiva de su origen mercantil y su correcta y apropiada ubicación en el Código Mercantil”.

independientemente de quién sea su contraparte contractual. Y, en lógica consecuencia, el [Anteproyecto de Código Mercantil] califica como mercantiles los contratos con consumidores, opción correcta a nuestro juicio en un sistema dualista y “atípico” de Derecho privado como es el nuestro”. De este modo la protección del consumidor tendría sentido y estaría justificada frente al empresario/profesional (en el contexto de un tráfico masivo y profesionalizado), pero nunca frente a otro particular, dado que el Derecho civil regula relaciones entre particulares. Precisamente por ello, las normas tuitivas de los consumidores serían aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles, no a los civiles. De hecho, la intervención de un consumidor en un contrato no privaría a este contrato de su carácter mercantil, si bien activa la aplicación de las correspondientes normas sectoriales –mercantiles- sobre protección de los consumidores⁶⁴¹.

3.3.4.c)- Nuestra posición

Las dos tesis enfrentadas tienen lógicamente argumentos a favor y en contra y son sostenidas por prestigiosos académicos. Es por ello que cualquier intento de aproximación por nuestra parte resultaría osado si no fuera porque en una investigación de esta naturaleza resulta obligado

⁶⁴¹ GUIADO MORENO, Ángela. “Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes del proyectado Código Mercantil”. en VV.AA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 189 y 190. También favorables a la calificación como mercantiles de las normas protectoras de los consumidores, por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús y DÍAZ MORENO, Alberto, “Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios”, en VV.AA., *Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 957-965.

tomar partido o, al menos, exponer una posición propia más allá de la pura descripción del problema.

Una dimensión que conviene no perder de vista y que se ha puesto de relieve incluso en la literatura civilista es el hecho de que no es ajena a esta polémica la cristalización en compartimentos estancos del Derecho civil y Derecho mercantil como áreas de conocimiento distintas a efectos universitarios, desde el Plan de Estudios de 1953. Asimismo, en un ejercicio de autocrítica se ha señalado que la propuesta de codificación mercantil también responde a la circunstancia de que “la inacción y la desidia del legislador estatal en materia de Derecho civil patrimonial han sido desde hace tiempo y continúan siendo hoy simplemente pasmosas. No es de extrañar que se ocupe el espacio que se deja vacío durante tantos y tantos años”⁶⁴². Sentada, por tanto, la existencia de factores metajurídicos en la discusión, bajo nuestro punto de vista, nos encontramos ante una dicotomía cuyo primer dato de partida debe ser la constatación de que, parafraseando el viejo aforismo jurisprudencial “las cosas son lo que son y no lo que dicen las partes que son”. Quiérese decir con ello que lo realmente relevante en este caso no es tanto la ubicación sistemática de los contratos de consumo como cuál haya de ser el régimen jurídico que les resultará de aplicación, siendo muy claro respecto de esta cuestión el Anteproyecto: postula la aplicación preferente de las normas de defensa del consumidor⁶⁴³. Así, su Exposición de Motivos señala que “se ha tomado como criterio general el de no incorporar a este Código mercantil las normas de protección de los consumidores”, y se califica al

⁶⁴² GÓMEZ POMAR, Fernando, “Un nuevo Código”..., *ob.cit.* Editorial.

⁶⁴³ En efecto, lo relevante es el régimen jurídico de aplicación, sin que deban confundirse continente y contenido. No se conoce a ningún mercantilista hasta la fecha que haya pensado que la Sala Primera del Tribunal Supremo no resuelva asuntos de Derecho mercantil por el mero hecho de que formalmente se denomine *Sala de lo Civil*.

TRLGDCU como “texto legal equiparable a un Código sobre la materia”, añadiéndose que “se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil”.

Cuestión diferente es la relativa a la determinación del derecho supletorio de estos contratos, materia que abordaremos más adelante pero de la que ya cabe adelantar que el artículo 59 TRLDCU señala, tras su reforma por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que es el “Derecho común de los contratos”. Este Derecho común de los contratos, bajo nuestro punto de vista, no es necesariamente el Código civil –nótese que se habla de “Derecho”- sino el conjunto de normas y principios informadores en materia de contratación privada. Existen ya en el Derecho español varios ejemplos de materias en las que se ha prescindido de la dicotomía civil-mercantil: así el Derecho de seguros⁶⁴⁴, el Derecho concursal⁶⁴⁵ o la disciplina de la contratación electrónica⁶⁴⁶, sectores en los que el debate

⁶⁴⁴ La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, deroga los artículos dedicados al seguro en los Código Civil (artículos 1791 a 1797) y en el Código de Comercio (artículos 380 a 438) para acuñar un concepto común y unificado de contrato de seguro, si bien el Anteproyecto vuelve a incluir el contrato bajo su disciplina.

⁶⁴⁵ La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal satisface una aspiración profunda y largamente sentida en el Derecho patrimonial español: la unificación de los procedimientos concursales tradicionales en una única técnica que ya no diferencia entre deudor civil y mercantil. Así las cosas, el presupuesto subjetivo de la declaración de concurso procederá respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (artículo 1.1), lo que indudablemente abre interesantes vías de protección jurídico-privada del consumidor sobreendeudado e insolvente.

⁶⁴⁶ De hecho, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico proclama confusamente que los contratos electrónicos se regirán por lo dispuesto en la misma, “por los Códigos Civil y de Comercio y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios y de ordenación de la actividad comercial” (artículo 23.1 *in fine*). Se citan por ello tanto las normas civiles como las mercantiles, siendo consciente que la materia –contratación electrónica- se encuentra normativamente unificada. Tan es así, que la propia Disposición Adicional Cuarta de la Ley 34/2002 ha dado nueva redacción tanto al artículo 1.262 del Código Civil como

“civil *versus* mercantil” ya no es siquiera planteable. Insistimos en que lo relevante no es el adjetivo calificador sino el régimen jurídico que el mismo encierre y en este sentido el Anteproyecto es respetuoso con el vigente Derecho de Consumo.

Si finalmente se respeta la normativa de consumo, ¿por qué incorporar la referencia al consumidor en el Código mercantil? Parece claro que la pretensión no ha sido otra que investir la materia del carácter de “legislación mercantil” a los efectos de poder invocar la competencia exclusiva del Estado para su regulación (artículo 149.6 CE). En todo caso, mucho nos tememos que el objetivo distará de resultar cumplido pues, si bien es cierto que el título competencial “legislación civil” presenta el problema de la concurrencia de los Derechos civiles forales o especiales (artículo 149.1.8 CE) y que la competencia estatal además se limita a las “bases de las obligaciones contractuales”, no lo es menos la existencia de otros títulos autonómicos concurrentes con la legislación mercantil como la competencia en materia de comercio interior⁶⁴⁷. En definitiva, no

al artículo 54 del Código de Comercio, unificando de este modo el régimen jurídico de la perfección de la contratación no presencial al establecer que “hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe (...)”.

⁶⁴⁷ La Constitución permite a las Comunidades Autónomas asumir competencias en actividades de mercado tan variadas como la agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía (artículo 148.7º), las ferias interiores (artículo 148.1.12º) o la artesanía (artículo 148.14º), además de reconocerlas igualmente el título de “fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional” (artículo 148.1.13º). Pero es que, además, de acuerdo con el artículo 149.3 CE, las materias no atribuidas expresamente al Estado pueden corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Así, por poner un ejemplo de Estatuto de Autonomía de 2º grado, en la medida en que la Comunidad Autónoma accedió a la autonomía por la vía ordinaria del artículo 143 CE, podemos citar el caso Cantabria, que en su Estatuto de Autonomía, reformado por la Ley Orgánica 11/1998, de 30 de diciembre, recoge como

creemos que la asunción de los contratos de consumo en uno u otro código vaya a alterar el régimen jurídico que les resulta de aplicación atendiendo al sistema constitucional de distribución de competencias. Ahora bien, desde luego la incorporación de los mismos al Código Civil claramente que provoca importantes distorsiones en la medida en que no habría duda alguna de que sólo podría regular el régimen básico de las obligaciones contractuales, sin poder agotar la materia según inveterada doctrina constitucional sobre el alcance del concepto de bases⁶⁴⁸.

competencia exclusiva “en materia de comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de competencia. Estas competencias debe ejercerlas de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de los artículos 38, 131 y en los párrafos 11º y 13º del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución Española” (artículo 24.13). La mera transcripción del precepto da idea de la complejidad de títulos concurrentes en materia comercial.

⁶⁴⁸ En este sentido, en relación al concepto de “bases”, la doctrina constitucional, reflejada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/2012, de 16 de febrero (RTC 2012\22), ha venido sosteniendo que “por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto. Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (SSTC 1/1982, de 28 de enero, FJ 1; 69/1988, de 19 de abril, FJ 5; 102/1995, de 26 de junio, FFJJ 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre FJ 5; 223/2000, de 21 de septiembre, FJ 6; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 8; 126/2002, de 23 de mayo, FJ 7; 24/2002, de 31 de enero, FJ 6; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 9; y 1/2003, de 16 de enero, FJ 8, en torno al concepto de lo ‘básico’). Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (que persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones, y reduciendo disfunciones según SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983, de 20 de mayo, FJ 3; 80/1985, de 4 de julio, FJ 2), deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las

En relación con los argumentos de Derecho comparado apuntados en la doctrina civilista, cabe subrayar que, en realidad, en los ordenamientos jurídicos de los grandes países europeos se han ensayado todas las fórmulas posibles.

Así, tenemos, en primer lugar, ordenamientos con tripartición (civil-mercantil-consumo) como en el caso de Francia (*Code civil* de 1804, *Code de commerce* de 1807 y *Code de la Consommation* aprobado por Ley n° 93-949, de 23 de julio de 1993)⁶⁴⁹ y también de España si asumimos el TRLGDCU como código de consumo (CC de 1889, CCo de 1885 y TRLGDCU de 2007).

En segundo término, hallaríamos ordenamientos con bipartición civil-mercantil, incluyendo el Derecho de consumo en el Código civil: se trataría fundamentalmente de Alemania (*Bürgerliches Gesetzbuch* –BGB- de 1897, que contiene las normas de consumo, y *Handelsgesetzbuch*– HGB- de 1897) e Italia (*Codice Civile* de 1942 y *Codice de consumo* de 2005, aprobado por Decreto Legislativo n° 206, de 6 de septiembre de 2005).

Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2)” (STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 6). Efectivamente, continúa señalando la STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 7, “la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12; y 152/2003, de 17 de julio, FJ 3), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos.”

⁶⁴⁹ No obstante, téngase en cuenta que tras más veinte años de vigencia, la doctrina francesa se plantea una revisión del Código (PAISANT, Gilles, “À propos des vingt ans du Code de la consommation”, *La Semaine Juridique. Éd. Générale*, n° 22, 27 de mayo de 2013, pp. 1061-1068; AUBERT DE VNCelles, Carole y SOUPHANOR-BROULLAND, Natacha, “Une refonte du Code de la consommation s’impose”, n° 27, 1 de julio de 2013, pp. 1316-1317).

Finalmente, como ejemplos de ordenamientos monistas o unificados podemos traer a colación el caso holandés (Código civil de 1992 -*Burgerlijk Wetboek*, BW) que incluye las normas de consumo y el tradicional suizo (Código civil suizo -*Zivilgesetzbuch*, ZGB- en el que en 1911 se integró como libro quinto el “Código de Obligaciones” de 1881-*Obligationenrecht*, OR-).

Por si no fueran suficientemente variadas las alternativas comparadas, cabe traer aquí a colación dos casos recientes. En primer lugar, cabe apelar a la *Consumer Rights Act* de 2015 en el Reino Unido en cuanto representa un plausible esfuerzo, infrecuente por otra parte en el Derecho anglosajón, de unificar y refundir las normas de protección del consumidor en un país sin códigos. En segundo lugar, cabe hacer referencia al reciente caso belga donde la ubicación de las normas de consumo no se residencia ni en el código civil, ni en el código de comercio, ni en un código de consumo autónomo. Su sede radica en un denominado Código de Derecho Económico (“*Code de droit économique*”) de 28 febrero 2013, que recoge parte de las materias propias del Código de comercio (que no ha sido formalmente derogado) así como la mayor parte de la legislación especial de protección de los consumidores, aunque no en su integridad⁶⁵⁰. Si además tenemos en cuenta que el Código de comercio belga sólo subsiste formalmente con un contenido muy residual, lo que otorga al nuevo código una importante apariencia de “código del mercado”, tendríamos ya un ejemplo de normas de protección del consumidor que son codificadas o refundidas fuera de los textos civiles o

⁶⁵⁰ CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”..., ob.cit. p. 130, tras glosar el nuevo código belga, destaca que el mismo se promulga “al hilo de las nuevas concepciones del Derecho mercantil basadas no tanto en la figura del comerciante o del empresario, sino como “Derecho privado de la actividad económica” o como “Derecho privado del mercado”.

de consumo. Es cierto pues que la refundición se hace mayoritariamente en los códigos civiles o en códigos de consumo autónomos, pero no lo es menos que la reciente experiencia belga de residenciar la mayor parte de las normas en materia de defensa del consumidor en el código económico nos conduce a pensar que la ubicación sistemática no es homogénea y que debe estar siempre al servicio de un régimen jurídico. En todo caso, si acuñamos la idea de que los contratos de consumo no son ni civiles ni mercantiles sino contratos de Derecho privado sin más, en cuanto manifestación de la incipiente y deseable unificación del Derecho privado⁶⁵¹, sí que parece razonable que su autonomía como categoría se corresponda con el reconocimiento de autonomía legislativa. Esa es precisamente la situación en nuestro ordenamiento en el que la aplicación del TRLGDCU resultaba plenamente respetada por el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil. En este sentido, nos atrevemos a sugerir, como categoría que trascendiera el debate dialéctico entre lo civil y lo mercantil, una denominación diferente del nuevo Código, acaso más un “Código del Mercado” que un Código Mercantil⁶⁵², que permitiera incluso invocar con

⁶⁵¹ Sobre el tema, cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, 2014, pp. 127-147, en especial, p. 131 y BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho privado...*, ob.cit., en particular pp. 53-70 sobre la conveniencia lógica de la unificación sustancial del Derecho privado y pp.83-94 sobre la unificación del Derecho de la contratación. Desde una perspectiva civilista, cfr. OROZCO PARDO, Guillermo, MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, “El contrato en el contexto de la unificación del derecho privado”, *Anales de Derecho*, nº 29, 2011, pp. 115-160.

⁶⁵² En cuanto a la denominación del Código, si bien es un aspecto formal, no constituye cuestión baladí. Repárese en el reciente caso argentino, país donde la unificación del Derecho privado constituyó una larga aspiración desde antaño, donde el nuevo Código, que sustituye desde su entrada en vigor en 2015 tanto al viejo Código Civil de Vélez Sarsfield como al Código Comercial, se denomina salomónicamente “Código Civil y Comercial”. Tampoco resultaría descabellada desde la perspectiva del artículo 149.1.13º CE la denominación belga de *Code de droit économique*. Somos conscientes en todo caso de que constituyen opciones de política legislativa.

carácter adicional títulos competenciales estatales tan sugerentes como el contenido en el artículo 149.1.13º CE (“bases y *coordinación de la planificación general de la actividad económica*”)⁶⁵³.

En cualquier caso, como advirtiera el maestro ROJO tras poner en evidencia el carácter *contingente* del Derecho mercantil, lo que parece insensato es pretender unificar el Derecho privado en un código civil en un Estado en el que el Derecho civil es plural⁶⁵⁴. Con todo, parece deseable la oportuna coordinación entre la Sección de Derecho Civil y la de Derecho Mercantil para que, en régimen de cooperación y tomando como texto de referencia el Anteproyecto, se proceda a la reforma global de nuestro Derecho privado contractual en aras a su necesaria modernización⁶⁵⁵. Lo que no cabe negar es que el Anteproyecto de Código Mercantil, texto de

⁶⁵³ Citado expresamente en la Disposición Final Cuarta de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado, que apela tanto al título de legislación mercantil (artículo 19.1.6ª CE) como a los contenidos en los artículos 149.1.1.ª (regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales), 149.1.13.ª (Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) y 149.1.18.ª (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común) del Texto Fundamental. Con todo, la cuestión no dista de resultar sencilla y habrá que estar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación con el recurso interpuesto frente a dicha ley, donde deberá necesariamente pronunciarse sobre el alcance del concepto constitucional de unidad de mercado y sus implicaciones para la mercantilidad de los contratos.

⁶⁵⁴ Cfr. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel “El Código Mercantil”..., ob. cit. pp. 15-22, en especial, p.19.

⁶⁵⁵ FONT GALÁN, Juan Ignacio, “Proyecto de Código Mercantil y paradigma constitucional” en VV.AA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, p. 68, explica que “la secuencia histórica del tracto renovador del concepto de Derecho mercantil codificado y su correspondiente sistema jurídico viene marcada sucesivamente por un triple paradigma legislativo formal que se expresa conceptualmente en la articulación “multinivel” de las ideas-fuerza de *comerciante* (*Ius mercatorum*, Cco de 1829), de *acto de comercio* (Derecho de los actos de comercio, Cco de 1885) y de *mercado* (Derecho privado del mercado, PCM de 2014)”.

innegable calidad científica, ha servido de acicate para dicho propósito y, cuanto menos, de antídoto frente al inmovilismo⁶⁵⁶.

3.4.- Su tipificación en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) de la Unión Europea.

3.4.1.- *El contrato de servicios en el DCFR.*

El “Grupo de Estudio de un Código Civil Europeo” y el Grupo de investigación del Derecho Privado actualmente vigente de la Unión Europea, también denominado “Grupo Acquis”, elaboraron en 2009 un llamado “*Draft of a Common Frame of Reference*” (Borrador de Marco Común de Referencia), conocido en sus siglas DCFR, a instancia de la solicitud emanada de la Comisión Europea para el desarrollo del “Plan de Acción sobre un Derecho europeo de la Contratación más coherente”

⁶⁵⁶ Con ánimo conciliador, GARCÍA-CRUCES, José Antonio, “Unidad del mercado y doctrina ius privatista (A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil)”..., ob.cit., p. 27 afirma que “en esa tarea [la reforma] todos los privatistas están concernidos”. De hecho, nos da cuenta de la constitución de una comisión paritaria entre las Secciones Primera y Segunda de la Comisión General de Codificación a fin de seguir trabajando sobre el texto proyectado. GÓMEZ POMAR, Fernando, “Un nuevo Código”..., ob.cit., señala que “acaso lo más fructífero, y realista, a fecha de hoy fuera una consideración coordinada del Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos, elaborado por la misma Comisión General de Codificación (aunque por la sección de Derecho civil) y de los Libros IV y V de la PCM, a fin de avanzar la regulación legal de la materia contractual en España, que buena falta hace”. También el Grupo Actualiza hace una llamada a la colaboración de las Secciones de lo Civil y lo Mercantil en la reforma global de un Derecho patrimonial moderno y homologable al de los ordenamientos de nuestro entorno” [CAÑIZARES LASO, Ana; GARCÍA RUBIO, María Paz; GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen; INFANTE RUÍZ, Francisco J.; MARTÍN CASALS, Miquel; OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco; SOLÉ I RESINA, Judith; TORRES GARCÍA, Teodora, “Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil hechas por el Grupo Actualiza”,...ob.cit., p. 224]. No obstante no faltan quienes dan el futuro Código por fenecido: PEINADO GRACIA, Juan Ignacio y RONCERO SÁNCHEZ, Antonio: “La unidad de mercado, el Código de Derecho mercantil (q.e.p.d.) y otras melancolías”, *La Ley mercantil*, nº 11, 2015, pp. 4-7.

aprobado el 12 de febrero de 2003⁶⁵⁷. El DCFR, publicado en 2009⁶⁵⁸, tiene carácter exclusivamente académico pero sin duda constituye el esfuerzo más acabado de integración común de las normas contractuales de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea, alcanzando un claro valor como *Soft Law*, reconocido en ámbitos avanzados en atención a su valor académico e institucional⁶⁵⁹. El texto contiene los principios,

⁶⁵⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “*Action Plan on a More Coherent European Contract Law*”. COM (2003) 68 final. Como antecedente de la política de impulso de la Comisión Europea en esta materia véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 11 de Julio de 2001 sobre Derecho Europeo de la Contratación (*European Contract Law*) -COM(2001) 398 final. Otros hitos posteriores fueron la Comunicación de la Comisión de 11 de octubre de 2004 al Parlamento Europeo y al Consejo: «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro»; Informe de la Comisión de 23 de septiembre de 2005: «Primer informe anual sobre los progresos realizados en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo»; Informe de la Comisión de 25 de julio de 2007: «Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia»; Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo; Libro Verde de la Comisión, de 1 de julio de 2010, sobre las acciones contempladas para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas o la Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 18 de abril de 2011. Vid. OROZCO PARDO, Guillermo y MORENO NAVARRETE, Miguel Ángel, “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho Privado”, ob.cit. pp. 137 y138.

⁶⁵⁸ VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, y SCHULTE-NÖLKE, Hans (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law- Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009. Tiene como antecedente la primera versión de 2008. Como precedente más remoto dentro de la labor codificadora a nivel europeo los *Principles of European Contract Law* (PECL), texto académico elaborado por la llamada Comisión LANDO que puede consultarse en LANDO, Ole//BEALE Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague, Kluwer Law International (2000). Con posterioridad, se ha llegado a aprobar una Propuesta de Reglamento en materia de compraventa (*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law* [COM(2011) 635 final] conocida por sus siglas CESL, pero que, sin embargo no ha llegado a ver la luz, lo que pone de relieve la dificultad de la codificación del Derecho privado europeo.

⁶⁵⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: el Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta

definiciones y normas-tipo de Derecho privado europeo y tiene, entre sus propósitos, servir de fuente de inspiración de una futura y eventual armonización del Derecho europeo de la contratación⁶⁶⁰.

Desde el punto de vista sistemático, la parte C del libro IV del DCFR se dedica a los servicios⁶⁶¹. En este sentido, podemos diferenciar dos grandes bloques perfectamente diferenciados. En primer término, se regula un modelo de contrato de servicios de carácter genérico, cuyo régimen jurídico resulta de aplicación general a todos los contratos de esta clase (apartados IV.C.1⁶⁶² y IV.C.2⁶⁶³). A continuación, regula de forma específica las seis modalidades contractuales que considera más relevantes

valoración”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 26, 2014, p.12 señala que “cuando me refiero al Marco Común de Referencia, hablo de una obra jurídica de formidable categoría (aunque con el modesto título de “borrador””, para más tarde compararlo -p. 60- con el Digesto (“salvados todos los anacronismos a los que se quiera acudir, se me ocurre -no ya sugerir, sino pensar- que el DCFR podría tener un cierto parecido con la compilación justiniana. En concreto, con el Digesto”, y concluir -p. 61- señalando que “el DCFR, en definitiva, y a mi juicio, constituye una obra de la que Europa puede sentirse orgullosa”.

⁶⁶⁰ VON BAR, Christian, CLIVE, Eric y SCHULTE-NÖLKE, Hans (Ed.), ob.cit. p.7. Entre los principios inspiradores del texto, destacan la protección de los derechos humanos, la promoción de la solidaridad y de la responsabilidad social, la preservación de la diversidad cultural y lingüística, la protección y promoción del bienestar, la promoción del mercado interno y la libertad, seguridad, justicia y eficiencia (*Ibidem*, pp.14-17).

⁶⁶¹ Como señala GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho contractual europeo”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (Coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, p.528, pp. 525-548, la metodología seguida por el *Study Group* no consistió en identificar las reglas contractuales mayoritarias en los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en Europa sino en la búsqueda de la solución más funcional a cada problema, aun a riesgo de distanciarse de los Derechos nacionales. Para comparar el modelo de contrato de servicios del DCFR con el regulado en los principales sistemas jurídicos de los Estados miembros, puede consultarse ZIMMERMANN, Reinhard, *Service contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

⁶⁶² Capítulo 1.- Disposiciones generales (“*General provisions*”).

⁶⁶³ Capítulo 2.- Normas aplicables al contrato de servicios en general (“*Rules applying to service contracts in general*”).

y frecuentes en la práctica contractual: contrato de construcción (IV.C-3- “*Contruction*”), contrato de mantenimiento y reparación de bienes (IV.C-4- “*Processing*”), de depósito y almacenamiento (IV.C-5- “*Storage*”), de diseño de proyectos (IV.C-6- “*Design*”), de información o asesoramiento (IV.C-7- “*Information and advice*”), y de tratamiento médico (IV.C-8- “*Treatment*”).

Así las cosas, pueden observarse dos importantes diferencias entre el amplio concepto de contrato de servicios del DCFR y el más restringido del Código Civil. En primer lugar, hemos de mencionar el precio como contraprestación del cliente. Mientras el artículo 1.544 CC define el arrendamiento de servicios como contrato en el que “*una de las partes se obliga [...] a prestar a la otra un servicio por precio cierto*”, el artículo IV. C-1:101 establece un ámbito de aplicación extenso al señalar que dicha parte del Libro IV se aplica:

“(a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in exchange for a price; and

(b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price”.

Consecuentemente, el libro resulta de aplicación tanto a los contratos en virtud de los cuales una de las partes, el proveedor de servicios, se compromete a suministrar un servicio a la otra parte, el cliente, a cambio de un precio (apartado a); como, con las modificaciones pertinentes, a los contratos en virtud de los cuales el prestador de servicios se compromete a proporcionar un servicio al cliente, aunque no haya precio. Por tanto el texto admite, bajo la rúbrica del contrato de servicios, los servicios prestados a título gratuito, separándose del concepto español

en el que el precio tiene la consideración de elemento esencial del contrato (artículo 1.544 CC). En todo caso, nótese que, cuando el prestador (*“service provider”*) tiene la condición de empresario, como regla general, debe necesariamente mediar precio como contraprestación del cliente. Así resulta del artículo IV.C-2:101 que al regular el precio, señala que *“where the service provider is a business, a price is payable unless the circumstances indicate otherwise”*

Una segunda e importante diferencia deriva del mencionado listado de tipos específicos que se consideran encuadrables en el contrato de servicios entre los que, desde una perspectiva tradicional española, llama la atención la inclusión de negocios jurídicos susceptibles de clasificarse en el Derecho español como contratos de obra, tales como el contrato de construcción⁶⁶⁴ y el contrato de diseño de proyectos⁶⁶⁵. En este sentido, el concepto del DCFR es más amplio que el previsto sucintamente por nuestro Código civil⁶⁶⁶. Así pues, como certeramente se ha observado, en el DCFR contrato de servicios y contrato de obra mantienen una relación de género y especie, a diferencia de nuestro Código civil que sitúa ambas modalidades contractuales en el mismo plano, al definir las conjuntamente (artículo 1544 CC: *“En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se*

⁶⁶⁴ La construcción de bien muebles inmuebles se califica de contrato de obra en las STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9587) STS, Sala de lo Civil, de 1 de febrero de 1988 (RJ 1989, 580) y STS, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3400).

⁶⁶⁵ La realización de proyectos se califica como contrato de obra en STS, Sala de lo Civil, de 10 de febrero de 1987 (RJ 1987, 703), STS, Sala de lo Civil, de 25 de mayo de 1988 (RJ 1988, 10362) o STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2001 (RJ 2001, 6887).

⁶⁶⁶ No obstante, es conocida la postura de cierto sector doctrinal, encabezado tempranamente por ROCA SASTRE, Ramón María, “La donación remuneratoria”, *Estudios de Derecho privado. Obligaciones y contratos, tomo I, Revista de Derecho Privado*, 1948, p. 532, 521-563, que incluye en el concepto de contratos de prestación de servicios no sólo el arrendamiento de servicios sino también el mandato retribuido, el arrendamiento de obra, el depósito retribuido o el contrato de transporte.

obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto”) y regularlas en un mismo capítulo (Capítulo III del Título VI del Libro IV)⁶⁶⁷.

En este sentido, tal y como se ha señalado por la doctrina, resulta relevante que el DCFR siga una ordenación completamente diferente de la del Código civil español en cuanto a la ubicación sistemática de la prestación de servicios, que en nuestro Derecho tiene la consideración de forma especial de arrendamiento, en atención a la clasificación tripartita del artículo 1.542 CC (*“El arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios”*). Así se ha criticado dicha concepción dado que el arrendamiento de cosas, por una parte, y el contrato de servicios, por otra, no comparten caracteres que justifiquen tal ubicación, lo que explica que ni siquiera por vía de analogía quepa aplicar a estos últimos ninguna de las reglas que el Código prevé para el arrendamiento de cosas”⁶⁶⁸. Debe finalmente tenerse en cuenta que pese al amplio perímetro del contrato de servicios del DCFR quedan excluidos de su ámbito de aplicación figuras reconducibles al mismo en atención a su omnicompreensiva configuración: es el caso de los contratos de transporte, seguro, constitución de garantías y oferta de productos o servicios financieros que se declaran excluidos por el artículo IV. C.-1:102⁶⁶⁹. También quedan fuera los contratos de mandato (parte IV.D), agencia, franquicia y distribución (parte IV.E), si bien en este caso el artículo se limita a señalar la prevalencia de sus normas específicas

⁶⁶⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, nº 2, 2013, p. 16, cuyo sugerente estudio tomamos como referencia.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, p.16.

⁶⁶⁹ “*This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service*”.

sobre las propias del contrato de servicios⁶⁷⁰. En este sentido, la introducción de una regla de prevalencia normativa parece sugerir que, pese a diseñarse como tipos autónomos, no cabría descartar la aplicación de las reglas del contrato de servicios en cuanto no se opusiesen a las reglas específicas de estas figuras contractuales.

3.4.2.- El contrato de tratamiento médico del DCFR como modalidad especial de contrato de servicios.

Debe tenerse en cuenta que el DCFR recoge específicamente dentro del libro IV, capítulo 8, el contrato de tratamiento médico (*treatment*) como modalidad de contrato de servicios⁶⁷¹. En este sentido, el artículo IV.C.-8:101 establece el ámbito de aplicación de dicho capítulo al señalar que:

⁶⁷⁰ “*In the case of any conflict: (a) the rules in Part IV. D. (Mandate) and Part IV. E. (Commercial agency, franchise and distributorship) prevail over the rules in this Part (...)*”. En el mismo sentido, atribuyendo preferencia a la regulación específica del contrato de mandato, se pronuncia el artículo IV.D.-1:101 (5) que establece que “*Contracts to which this Part applies and to which Part C (Services) also applies are to be regarded as falling primarily under this Part*”. Dichas reglas ponen de relieve, según CRESPO MORA, M^a Carmen, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”..., ob. cit., p. 17, que el DCFR no desconoce la estrecha regulación existente entre el contrato de mandato y el resto de contratos de servicios. La autora cita la doctrina que atribuye la exclusión de mandato de la disciplina del contrato de servicios a la circunstancia de que ambas regulaciones fueron elaboradas por grupos de trabajo diferentes [cfr. VAQUER ALOY, Antoni, “El Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (Coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 255 y EIDENMÜLLER, Horst; FAUST, Florian; GRIGOLEIT, Hans Christoph; JANSEN, Nils; WAGNER, Gerhard; y ZIMMERMANN, Reinhard, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. Cuestiones valorativas y problemas legislativos”, trad. por RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, fasc. IV, p.1495].

⁶⁷¹ Sobre este modalidad, cfr. RAMOS GONZÁLEZ, SONIA “Servicios médicos”, en VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve; y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (Coord.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Vol. 2, Atelier, Madrid, 2012, pp. 1321-1379.

“(1) This Chapter applies to contracts under which one party, the treatment provider, undertakes to provide medical treatment for another party, the patient.

(2) It applies with appropriate adaptations to contracts under which the treatment provider undertakes to provide any other service in order to change the physical or mental condition of a person.

(3) Where the patient is not the contracting party, the patient is regarded as a third party on whom the contract confers rights corresponding to the obligations of the treatment provider imposed by this Chapter’⁶⁷².

Del precepto cabe, por tanto, extraer una definición del contrato de tratamiento médico como aquél por el cual una parte, el prestador, se compromete a proporcionar tratamiento médico a la otra parte, el paciente. Nótese pues que, desde la perspectiva de los elementos subjetivos del contrato, el apartado 1 del artículo IV.C.-8:101 se refiere al prestador en el sentido postulado *ut supra*. De este modo, se recoge con carácter omnicomprendivo tanto la persona física como la persona jurídica que realiza la prestación sanitaria siendo lo relevante que lo haga por cuenta propia. La contraparte de la relación jurídica es, lógicamente, el paciente.

Desde el punto de vista objetivo, la prestación que caracteriza el contrato es el tratamiento médico, si bien debemos tener en cuenta dos importantes modulaciones extensivas. En primer término, el propio precepto, en su apartado 2, se autodeclara igualmente aplicable, con las adaptaciones que resulten precisas a aquellos contratos en los que el prestador se comprometa a proporcionar cualquier otro servicio con la finalidad de mejorar el estado de salud mental o física de una persona,

⁶⁷² Este capítulo se aplica a los contratos en los que una de las partes, el prestador del tratamiento se obliga a la prestación de tratamiento médico a la otra parte, el paciente.

incluyendo de este modo, prestaciones accesorias de la principal. En segundo lugar, debemos tener en consideración los comentarios al precepto que amplían su ámbito de aplicación a la medicina preventiva y al tratamiento paliativo en caso de enfermedades crónicas o incurables (comentario A) e incluso, a la medicina satisfactiva o voluntaria, incluyendo, probablemente de forma desafortunada, la mención a los tratamientos de belleza o peluquería.

Desde la perspectiva de su contenido, el DCFR regula un amplio cuadro obligacional a cargo del prestador (*treatment provider*). Dichas obligaciones son las siguientes:

a) *Deber de evaluación previa del paciente*: el artículo IV.C.-8:102 regula el “*preliminary assessment*” disponiendo que el prestador debe, en la medida en que razonablemente puede considerarse necesaria para la prestación del servicio: (a) entrevistar al paciente acerca de su estado de salud, síntomas, enfermedades previas, alergias, tratamiento actual anterior u otro y preferencias y prioridades en relación con el tratamiento; (b) llevar a cabo los exámenes necesarios para diagnosticar el estado de salud del paciente; y (c) consultar con otros prestadores que participan en el tratamiento del paciente.

b) *Deber de utilización de medios materiales de calidad*⁶⁷³: El prestador debe utilizar instrumentos, medicamentos, materiales, instalaciones y locales que tengan, al menos, la calidad exigida por la práctica profesional comúnmente aceptada, que se ajusten a las normas legales aplicables, y que estén en condiciones de alcanzar el fin concreto para el que van a ser usados. Esta norma resulta imperativa e irrenunciable de modo que las partes no podrán, en detrimento del paciente, excluir la aplicación del artículo IV.C.-8:103 así como derogar o modificar sus efectos.

⁶⁷³ Artículo IV.C.-8:103: *Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises.*

c) *Deber de diligencia y cuidado*⁶⁷⁴: Dicha obligación requiere que el prestador proporcione la atención médica al paciente con el cuidado y habilidad de un prestador razonable (*reasonable treatment provider*) atendiendo a las circunstancias. Por tanto se fija la razonabilidad como canon de diligencia o culpa. En este sentido, cuando el prestador carezca de la experiencia o habilidad con el grado requerido para tratar al paciente viene obligado a derivarlo a un prestador que pueda hacerlo. Este precepto (artículo IV.C.-8:104) tampoco resulta susceptible de desplazamiento por la autonomía de la voluntad de las partes, en detrimento del paciente.

d) *Deber de información*: Con el fin de permitir al paciente una libre elección con respecto al tratamiento, el prestador debe informar de forma comprensible al paciente sobre los siguientes extremos⁶⁷⁵: a) el estado actual de salud del paciente; b) la naturaleza del tratamiento propuesto; c) las ventajas del tratamiento propuesto; d) los riesgos del tratamiento propuesto; e) las alternativas al tratamiento propuesto, y sus ventajas y los riesgos en comparación con los del tratamiento propuesto; y f) las consecuencias de no tener tratamiento. Por otra parte, el prestador deberá, en todo caso, informar al paciente acerca de cualquier riesgo o alternativa que pueda influir razonablemente en su decisión de otorgar consentimiento a la propuesta de tratamiento o no. En este sentido, se sienta una presunción en virtud de la cual se entiende que el riesgo podría influir razonablemente en la decisión si su materialización produce a graves perjuicio para el paciente. Vemos por ello, que el deber de información a efectos de consentir va mucho más allá y, desde luego, su

⁶⁷⁴ Artículo IV.C.-8:104: *Obligation of skill and care.*

⁶⁷⁵ Artículo IV.C.-8:105: *Obligation to inform.*

regulación resulta más completa que la prevista en los artículos 4.1 y 10.1 LAP⁶⁷⁶.

Por otra parte, resulta destacable que el deber de información, salvo disposición en contrario, se rige además por la normas del contrato de información o asesoramiento (IV.C.7- “*Information and advice*”). Además, el DCFR regula un deber especial de información para el caso de los tratamientos experimentales innecesarios para la preservación o mejora de la salud del paciente, en cuyo caso el prestador debe revelar todos los riesgos conocidos. Además, si el tratamiento es experimental, el prestador debe revelar toda la información con respecto a los objetivos del ensayo, la naturaleza del tratamiento, sus ventajas y riesgos y las alternativas, aunque sea potencial. Este contenido mínimo, recogido en el artículo IV.C.-8:106, resulta indisponible para las partes en perjuicio del paciente.

Finalmente, se recogen las excepciones al deber de información en el artículo IV.C.-8:107 que resultan de tres supuestos: a) el denominado *privilegio terapéutico*: si hay razones objetivas para creer que la información puede influir seria y negativamente en la salud o la vida del paciente⁶⁷⁷; b)

⁶⁷⁶ El artículo 4.1 LAP se limita a señalar que la información, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Más adelante, el artículo 10.1 desarrolla el contenido mínimo de la información básica que el facultativo debe proporcionar al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito. Se trata de la siguiente: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones. Resulta en todo caso criticable que la información mínima que debe proporcionarse aparezca regulada en dos preceptos diferentes y en términos distintos.

⁶⁷⁷ El privilegio terapéutico también resulta recogido en el artículo 5.4 LAP que dispone que “el derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por

la renuncia al derecho a saber, esto es, si el paciente manifiesta expresamente su deseo de no ser informado, siempre que la no divulgación de la información no ponga en peligro la salud o la seguridad de terceros⁶⁷⁸; c) los supuestos de emergencia.

d) *Deber de recabar el consentimiento informado*: El prestador no debe llevar a cabo el tratamiento a menos que el paciente otorgue un consentimiento fundamentado previo al mismo, que se podrá revocar en cualquier momento. Además el artículo IV.C.-8:108 (*obligation not to treat without consent*), indisponible en perjuicio del paciente, regula los supuestos de consentimiento informado en el caso de los incapaces de obrar.

e) *Deber de documentación*: De conformidad con el artículo IV.C.-8:109, el prestador debe crear registros adecuados al tratamiento proporcionado que deberán incluir en particular, la información recogida en las entrevistas preliminares, exámenes o consultas, la información sobre el consentimiento del paciente y la información sobre el tratamiento realizado. La norma no se refiere por tanto, de forma exclusiva a la historia clínica, sino a los registros en general (records) que incluirían cualquier información asistencial documentada en soporte escrito o informático (v.gr. registro de eventos adversos).

A petición razonable, el prestador se obliga a permitir el acceso a los registros al paciente o, si el paciente es incapaz de dar su consentimiento, a la persona o institución legalmente facultada para tomar decisiones en

razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho”.

⁶⁷⁸ El artículo 9.1 LAP establece que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención”.

nombre del mismo paciente. También debe dar respuesta, en la medida razonable, a las preguntas acerca de la interpretación de la información recogida en dichos registros. Se sienta una interesante presunción de culpa de modo que si el paciente ha sufrido un perjuicio y afirmase que es consecuencia del incumplimiento por el prestador de la obligación de diligencia, en la medida en que éste no cumpla con el deber de permitir el acceso a la historia clínica se presumirá el incumplimiento de la obligación de diligencia y la relación de causalidad entre dicho incumplimiento y la lesión.

Asimismo, se establece con carácter indisponible, un deber de conservación de los registros y de dar información sobre su interpretación, en un plazo razonable de, al menos, diez años desde la terminación del tratamiento, en función de la utilidad que estos registros tengan para el paciente, sus herederos o sus representantes y para tratamientos futuros. El prestador no podrá revelar información sobre el paciente u otras personas involucradas en el tratamiento a terceros a menos que la revelación sea necesaria para proteger a terceros o para el interés público. No obstante, puede utilizar los registros para fines estadísticos, educativos o científicos, una vez anonimizados.

Finalmente, el artículo IV.C.-8:110 contiene una regla remisiva en virtud de la cual cualquier incumplimiento de una obligación contractual se regirá por lo dispuesto en el Libro III, Capítulo 3 (remedios por incumplimiento) y en el artículo IV.C-2: 111, dedicado al derecho del cliente a rescindir el contrato, si bien se aplican las siguientes adaptaciones en beneficio del paciente: a) el prestador no puede suspender el cumplimiento o resolver la relación contractual bajo el capítulo señalado si ello constituye un serio peligro para su salud; y b) en la medida en que el prestador tenga el derecho a suspender el tratamiento o dar por terminada

la relación contractual y esté planeando ejercitar ese derecho, deberá remitir al paciente a otro prestador.

4.- NUESTRA FORMULACIÓN (II): ES UN CONTRATO DE CONSUMO

4.1.- Su configuración en la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores y en el TRLGDCU

Sin perjuicio de su configuración como contrato de servicios desde la perspectiva de su arquitectura institucional, queremos subrayar ahora el carácter de contrato de consumo de la prestación privada de servicios sanitarios. Para acuñar tal categoría basta acudir al artículo 59.1 TRLGDCU según el cual *“son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario”*. De esta simple definición se infiere una consecuencia palmaria: la mera presencia del consumidor o usuario en una relación contractual convierte el negocio jurídico en contrato de consumo. Consecuentemente, podemos advertir que el concepto legal de contrato de consumo descansa en un elemento subjetivo –la condición de consumidor o usuario- y no objetivo.

Es cierto que en el Derecho comparado no faltan ordenamientos jurídicos que han ensayado una noción de contrato de consumo incorporando también el elemento objetivo. Así, la reciente *Consumer Rights Act* de 2015 en el Reino Unido establece un concepto de contrato de consumo invocando su objeto (oferta de bienes, contenidos digitales o servicios), pero en realidad lo que define el contrato son sus sujetos (*consumer* y *trader*), ya que la referencia al objeto es tan sumamente amplia

que abarca cualquier prestación de dar o hacer⁶⁷⁹. Más adelante, al regular los contratos de servicios, también emplea una definición tautológica, al incluir en su seno todo contrato por el que un comerciante ofrezca un servicio a un consumidor⁶⁸⁰. En los ordenamientos latinoamericanos el intento de construcción de un concepto de contrato de consumo también ha estado presente en los últimos tiempos. Es el caso del Código de Protección y Defensa del Consumidor de Perú, aprobado por la Ley n° 2.957, de 1 de septiembre de 2010⁶⁸¹, o el más reciente del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, aprobado por la Ley n° 26.994, de 1 de octubre de 2014⁶⁸². Sin embargo, en ambos casos, lo que se ofrece es una mera enumeración omnicomprendensiva del objeto que siempre acaba reduciéndose a la entrega de bienes o productos o a la prestación de servicios (lo que el artículo 2 de la Directiva 2011/83 y el artículo 59.bis TRLGDCU llaman, respectivamente, “contrato de venta” y “contrato de servicios”). Siendo por ello, el elemento subjetivo lo único que define el contrato de consumo, el artículo 59.1 TRLGDCU realiza un ejercicio de modestia al emplear la expresión “contratos con consumidores y usuarios” y no la de “contrato de consumo”.

⁶⁷⁹ Su artículo 1.1 señala lo siguiente: “*This Part applies where there is an agreement between a trader and a consumer for the trader to supply goods, digital content or services, if the agreement is a contract*”.

⁶⁸⁰ El artículo 48.1 dispone: “*This Chapter applies to a contract for a trader to supply a service to a consumer*”.

⁶⁸¹ El artículo 45 dispone que “el contrato de consumo tiene como objeto una relación jurídica patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica”. Sobre el mismo, cfr. MORALES, Rómulo, “La definición del contrato de consumo en el Código de protección y defensa del consumidor” *Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica* n° 202, 2010, pp. 33-35.

⁶⁸² Su artículo 1.093 establece que “contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

Sentado lo anterior, si convenimos en que el usuario de servicios sanitarios es consumidor a los efectos de lo previsto en el artículo 3 TRLGDCU, tal y como hemos tratado de demostrar en otro capítulo, y en que el prestador de servicios sanitarios tiene, a los efectos de la normativa de consumo, la condición de empresario, -o incluso si se prefiere de “operador de mercado” siguiendo la categoría que acuña el Anteproyecto de Código Mercantil-, no puede sino caracterizarse el contrato de servicios sanitarios como un contrato de consumo.

La calificación propuesta nos permitiría lograr un efecto paradójico adicional. En efecto, si el contrato cuyo objeto es la prestación de servicios sanitarios es un contrato de consumo llegaríamos a la conclusión por vía remisiva de su deseable consideración como “contrato de servicios” en los términos del artículo 60.1.c) TRLGDCU. En este sentido, el precepto alude a dicha categoría como supuesto de contrato de consumo, definiéndola en sentido amplio como:

“todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el empresario preste o se comprometa a prestar un servicio al consumidor y usuario y éste pague o se comprometa a pagar su precio”.

No obstante, el problema resulta complejo dado que esta definición de “contrato de servicios” trae causa de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores. Se trata de una *Directiva de máximos*, que se aparta de las Directivas de mínimos que deroga [Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 97/7/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia]⁶⁸³.

En este sentido, fruto de la transposición de la Directiva, debe tenerse en cuenta en primer término que el artículo 60.1.c) TRLGDCU

⁶⁸³ En este sentido, su artículo 4 la configura como techo de armonización al disponer que “los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva”. La explicación en la Exposición de Motivos es ciertamente insatisfactoria dado que, en realidad, se vincula al mercado único. Así el apartado 2 señala que “[las anteriores] Directivas han sido reexaminadas a la luz de la experiencia adquirida, a fin de simplificar y actualizar las normas aplicables y eliminar las incoherencias y lagunas no deseadas. Este reexamen ha mostrado que conviene sustituir las dos Directivas citadas por la presente Directiva. Por tanto, la presente Directiva debe fijar normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento y alejarse del principio de armonización mínima presente en las Directivas anteriores, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales en relación con determinados aspectos”. Más adelante el apartado 4 confiesa el verdadero objetivo: “Según el artículo 26, apartado 2, del TFUE, el mercado interior debe comprender un espacio sin fronteras interiores en el que están garantizadas la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento. La armonización de determinados aspectos de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento con los consumidores es necesaria para promover un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre un elevado nivel de protección de estos y la competitividad de las empresas, al tiempo que se garantiza el respeto del principio de subsidiariedad”. Como señala MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, p.16 “se aleja del enfoque de armonización mínima de las dos Directivas existentes (que permite a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales más estrictas que las establecidas en la Directiva) para adoptar un enfoque de armonización plena (que prohíbe a los Estados miembros mantener o adoptar disposiciones divergentes de las establecidas en la Directiva)”. *Ibidem*. p.17: “La armonización plena significa que, en aquellas materias que son reguladas en la Directiva (“materias armonizadas”), la legislación de los Estados miembros no puede ser distinta a la fijada en la Directiva. No puede instaurar un nivel de protección *inferior* al establecido en la Directiva (que funciona, por tanto, como una Directiva de mínimos), pero tampoco un nivel de protección *superior* al concedido en la Directiva (que funciona, en este caso, como una Directiva de máximos)”.

define el contrato de servicios en términos equivalentes a los del artículo 2.6 de la Directiva, si bien el precepto comunitario –en la versión en lengua española- emplea la más que superada expresión de “comerciante” en lugar de la de “empresario”⁶⁸⁴.

Ahora bien, cabe advertir que la Directiva regula varios bloques de materias: a) Información a los consumidores en los contratos “ordinarios” presenciales y celebrados en el establecimiento del empresario (Capítulo II: artículo 5); b) Información al consumidor y derecho de desistimiento en los contratos a distancia y en los contratos celebrados fuera del establecimiento del empresario (Capítulo III: artículos 6-16); c) Otros derechos de los consumidores aplicables a ambos tipos de contratos (Capítulo IV: artículos 17-22); y d) Disposiciones generales y finales sobre el cumplimiento y carácter de la Directiva (capítulos V y VI: artículos 18-31). En este sentido, la cuestión se centra en determinar si son aplicables al contrato de servicios sanitarios las disposiciones del artículo 5 (transpuesta al Derecho español en el artículo 60 TRLGDCU) y de los artículos 19 (tasas por la utilización de medios de pago transpuesta en el artículo 60.bis TRLGDCU), 21 (comunicaciones telefónicas, sin trasposición expresa) y 22 (pagos adicionales, transpuesta en el artículo 60.ter TRLGDCU), toda vez que los artículos 18 y 20 sólo se aplicarán a los contratos de venta⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Resulta paradójico que la versión española haya traducido el texto inglés de la Directiva que emplea el término “trader” y no la empleada en otras versiones en lenguas latinas que utilizan el término “profesional” (“*professionnel*” en la francesa, “*professionista*” en la italiana o “*profissional*” en la portuguesa). En todo caso, la más correcta es la versión alemana donde se emplea el término “empresario” (“*unternehmer*”). Nótese que el lenguaje no es neutral y que las traducciones de los textos comunitarios deben tener en cuenta que la significación jurídica de los términos no es equivalente. Afortunadamente, la transposición en el TRLGDCU corrigió el error.

⁶⁸⁵ Así lo explicita el propio artículo 17.1 de la Directiva 2011/83/UE, lo cual es lógico, por otra parte, dado que vienen referidos a obligaciones de entrega de los bienes (artículo 18) y reglas de transmisión del riesgo en caso

Hasta aquí no habría mayor problema para aplicar la normativa de consumo, salvo si tenemos en cuenta que el artículo 3.3.b) de la Directiva 2011/83/UE, determina que no se aplicará, entre otros supuestos, “*a los contratos (...) de asistencia sanitaria tal como se define en el artículo 3, letra a), de la Directiva 2011/24/UE con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias*”. Así las cosas el artículo 3.a) de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, define la asistencia sanitaria como “los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios”

En este sentido, la exposición de motivos de la Directiva da cuenta de los motivos de tal exclusión. Así en el párrafo 30 de la Exposición de Motivos señala que:

“La asistencia sanitaria exige una regulación especial debido a su complejidad técnica, su importancia como servicio de interés general y su importante financiación pública.

(...)

Las disposiciones de la presente Directiva no resultan adecuadas para la asistencia sanitaria, por lo que esta debe excluirse de su ámbito de aplicación”.

Consecuentemente, la tautológica justificación de la exclusión y su remisión a la legislación especial no es otra que la de “su complejidad técnica, su importancia como servicio de interés general y su importante

de pérdida o deterioro, que por definición no son aplicables a los contratos de servicios.

financiación pública”, concluyéndose, sin mayor argumentación, que “las disposiciones de la presente Directiva no resultan adecuadas para la asistencia sanitaria, por lo que esta debe excluirse de su ámbito de aplicación.

Ello supone, de facto, una regresión en los derechos de los usuarios a los que se les priva de las medidas incorporadas en la Directiva, debiéndose conformar simplemente con el nivel de protección específico que ofrecen las Directivas especiales, sin que a estos efectos sirva de gran cosa la remisión a la Directiva sobre asistencia sanitaria transfronteriza dado que como su propio nombre indica se limita a regular los derechos de los pacientes europeos cuando son atendidos en un Estado miembro distinto del de afiliación. En este sentido, conforme al artículo 168.7 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea la organización y la prestación de servicios sanitarios y atención médica son competencia de los Estados miembros, por lo que el texto comunitario tan sólo disciplina los supuestos y condiciones para el ejercicio del derecho a la asistencia transfronteriza, en particular en materia de reembolso de gastos. En este sentido, la Directiva no constituye un marco común sobre la asistencia sanitaria que deba prestarse por los Estados miembros a sus propios ciudadanos sino que regula en realidad, más bien debiéramos decir limita, el derecho a la libre circulación de pacientes en el territorio de la UE⁶⁸⁶.

⁶⁸⁶ La Directiva viene a dar respuesta a un creciente reconocimiento jurisprudencial a la libertad de circulación de pacientes. Así, la STJUE de 28 de abril de 1998 (Asunto Kroll, C-120/95), la STJUE de 28 de abril de 1998 (Asunto Decker C-158/96), la STJUE de 12 de julio de 2001 (Asunto Vanbraekel C-368/98), la STJUE de 12 de julio de 2001 (Asunto Smits y Peerbooms C-157/99), la STJUE de 13 de mayo de 2003 (Asunto Müller-Fauré y Van Riet C-385/99) y, sobre todo, la importante STJUE de 16 de mayo de 2006 (Asunto Watts C-372/04). Sobre dicha jurisprudencia, cfr., ANTEQUERA VINAGRE, José María, “Las sentencias sobre servicios sanitarios recibidos en países distintos a los de residencia: la libre circulación de pacientes en la Unión Europea. Revisión e implicaciones”. *Revista de Administración Sanitaria*,

No obstante lo anterior, la transposición de la Directiva sobre derechos de los consumidores se ha llevado a cabo de una forma diferente en España, propiciando la posibilidad de que el usuario de servicios sanitarios disfrute de algunos de los nuevos derechos que instaure. En efecto, puede comprobarse que el artículo 3.3.b) de la Directiva 2011/83/UE excluye los contratos de asistencia sanitaria de la totalidad de la Directiva, según resulta tanto de la literalidad del precepto como de la ubicación sistemática del mismo en el capítulo I (objeto, definiciones y ámbito de aplicación). Por ello, en principio, la exclusión afectaría a todos los capítulos de la misma, esto es, tanto a los contratos presenciales ordinarios como a los contratos a distancia y los celebrados fuera del establecimiento del empresario. Sin embargo el legislador español, a la hora de transponer la Directiva en la Ley 3/2014, de 27 de marzo, únicamente excluye la prestación de servicios sanitarios en la parte dedicada a estos últimos. En efecto, el Título III del Libro Segundo del TRLGDCU lleva por título “*Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil*” y en relación con el mismo el artículo 93.b) TRLGDCU establece que “la regulación establecida en este título no será de aplicación: (...) b) A los contratos de servicios relacionados con la salud, prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud,

nº 7 (4), 2009, pp. 603-610; GRAU PINEDA María del Carmen, “La incidencia de las sentencias Decker y Kroll sobre el reembolso de los gastos médicos producidos en otro estado miembro en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 4, 1999, pp. 151-173; PEMÁN GAVÍN, Juan María, “Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, *Revista de Administración Pública*, nº 160, 2003 pp. 123-166; ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, Pablo José, “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de usuarios”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, 2003, pp.63-75.

incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios, con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias”. La conclusión es por ello meridiana: *sensu contrario*, el resto de la transposición de la Directiva operada por la Ley 3/2014 sí resultaría de aplicación al contrato de servicios sanitarios. Es por ello que entendemos que los artículos 60, 60.bis, 60.ter, modificados o introducidos por la Ley 3/2014, transponiendo la Directiva 2011/83/UE son aplicables al contrato de servicios sanitarios. Los artículos 62, 63, 65 y 66, en tanto que ya se encontraban vigentes no resultarían afectados por esta problemática⁶⁸⁷.

¿Ha efectuado el legislador español una transposición ultra vires omitiendo la exclusión querida por el artículo 3.3.b) de la Directiva 2011/83/UE para todos los contratos de servicios sanitarios? La respuesta a este interrogante no puede solventarse bajo el argumento consistente en que la norma nacional ha querido mejorar *motu proprio* el suelo comunitario pues, como ya hemos señalado, estamos ante una directiva de máximos y no de mínimos. La explicación a nuestro entender debe encontrarse en una interpretación lógica y sistemática de la Directiva respecto de la cual carece de sentido excluir los servicios sanitarios en relación con los contratos distintos de los celebrados a distancia o fuera del establecimiento mercantil. Ninguna justificación, en los términos de la Exposición de Motivos, permitiría explicar tal exclusión. A mayor abundamiento, desde la perspectiva del Derecho comparado, cuando las legislaciones nacionales han querido excluir determinados servicios lo han hecho explícitamente en el frontispicio mismo de la norma. Tal es el caso de la Ley argentina n° 26.361, de 12 de marzo de 2008, que modificó la Ley n° 24.240 de 22 de septiembre de 1993, de Defensa del Consumidor,

⁶⁸⁷ Con excepción del nuevo apartado 3 del artículo 63 TRLGDCU relativo a la factura en formato papel, que introduce la Ley 3/2014.

para introducir en el párrafo segundo del artículo 2 de esta última, una exclusión de los servicios de los profesionales liberales de la aplicación de la norma⁶⁸⁸. Del mismo modo, en México, mediante Ley de 4 de febrero de 2004, se reforma el primer párrafo del artículo 5 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, excluyendo de su ámbito de aplicación los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil, entre los que se adivinan los de los profesionales liberales⁶⁸⁹.

En todo caso, nótese que al margen de la opinión que cada cual pueda tener al respecto, el alcance de la exclusión únicamente afectaría a los nuevos derechos –relacionados con el régimen de pagos y la información previa- pero no pondría en solfa la consideración general del contrato de servicios sanitarios como contrato de consumo.

⁶⁸⁸ El precepto señala que “no están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vinculen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación”. No obstante, la exclusión no queda clara a partir de la omisión de la misma en el concepto de contrato de consumo que se establece en el antecitado artículo 1.093 del Código Civil y Comercial aprobado por la Ley nº 26.994, de 1 de octubre de 2014.

⁶⁸⁹ La norma establece que “quedan exceptuadas de las disposiciones de esta ley, los servicios que se presten en virtud de una relación o contrato de trabajo, los servicios profesionales que no sean de carácter mercantil y los servicios que presten las sociedades de información crediticia”. No sucede lo mismo en la Ley nº 8.078, de 11 de septiembre de 1990, del Código de Defensa del Consumidor, donde el párrafo 2 del artículo 3, define el servicio, sin exclusión alguna, excepción hecha de la laboral, como toda actividad ofrecida en el mercado de consumo bajo remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y seguros (*“Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”*).

4.2.- Consecuencias prácticas de su configuración como contrato de consumo

4.2.1.- Sistema de prelación normativa

Como venimos señalando la calificación del contrato de servicios sanitarios como contrato de consumo no constituye una mera consideración académica carente de efectos prácticos. En efecto, las consecuencias inmediatas de la configuración del contrato como contrato de consumo conllevan, no sólo a reforzar la tesis del contrato de servicios, sino también a postular la aplicación del régimen jurídico de protección del consumidor al usuario de servicios sanitarios, cuya clave de bóveda puede encontrarse en el principio *pro consumatore* entendido como postulado que exige la interpretación de la norma de la forma más favorable para el consumidor. En todo caso, conviene tener en cuenta que la categoría de contrato de consumo, o si se prefiere de “contrato con consumidores”, no constituye un tipo específico de contrato sino un género de contrato cuyo efecto no es otro que la aplicación de las disposiciones del TRLGDCU⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ En el mismo sentido, BOTANA GARCÍA, Gema, “Comentarios a los artículos 59,62 y 63” en REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011 p.1098, señala que “nos preguntamos si los contratos con los consumidores y usuarios” [son] una nueva categoría de contrato a añadir a las existentes. En mi opinión, lo que ocurre es que la expresión puede resultar engañosa en la medida en que parece referirse a un contrato *sui generis*, respecto a ciertos contratos especiales. Por ello, estaríamos ante un género de contrato y no ante una especie de contrato. Los interesantes de los contratos con consumidores y usuarios será permitir reagrupar un cierto número de contratos a los cuales se aplicarán unas reglas destinadas a restablecer un equilibrio contractual, a menudo roto, en detrimento del consumidor. En definitiva, los contratos con consumidores y usuarios supondrán la aplicación de un régimen de protección específica más o menos extensa”.

En este sentido, calificar el contrato de servicios sanitarios como contrato de consumo implicará en primer término la aplicación del complejo sistema de fuentes recogido en el párrafo primero del artículo 59.2 que señala que “*los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos*”⁶⁹¹. Consecuentemente, el primer lugar de la prelación normativa en relación con el contrato de servicios sanitarios lo ocupará la legislación sanitaria sectorial o especial (LAP y LOPS, sustancialmente) así como el propio TRLGDCU, que de este modo opta por la técnica de la acumulación normativa consistente en la aplicación cumulativa de la norma especial y la norma general⁶⁹².

En segundo término, el contrato de servicios sanitarios resultará disciplinado por el “derecho común de los contratos” que opera, por tanto, como derecho supletorio. Esta última apelación resulta problemática y constituye un ejemplo del papel del Derecho de Consumo como superador de la dicotomía entre Derecho civil y Derecho mercantil. En efecto, la redacción originaria del artículo 59.2 señalaba que “los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las *disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles*”. Ello supone que la reforma de 2014 ha sustituido, a nuestro juicio con acierto, la doble referencia a

⁶⁹¹ Asimismo, los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están adicionalmente sometidos a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (artículo 59.3 TRLGDCU).

⁶⁹² Esta técnica de acumulación también se encuentra presente en el artículo 19 TRLGDCU cuando establece que los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, “aplicándose, *además*, [la cursiva es nuestra] lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación”.

“disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles” por la de “derecho común de los contratos”. Indudablemente ello supone un paso firme en la dirección correcta no sólo por motivos de orden práctico sino también de dogmática jurídica.

Respecto a los primeros, la remisión por partida doble era notablemente perturbadora pues dejaba en manos del operador jurídico la elección cuando ambas resultasen incompatibles (¿qué normas? ¿las civiles o las mercantiles?)⁶⁹³. Desde una perspectiva dogmática, como hemos dejado constancia en otro lugar, el Derecho de Consumo podría constituir un *tertium genus* de relaciones jurídicas que no serían ni civiles ni

⁶⁹³ En algunos casos el TRLGDCU no es claro optando indistintamente por las normas civiles y mercantiles. Así el artículo 19.1 (“Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación”), el artículo 117.II (“En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad”), el artículo 142 (“Los daños materiales en el propio producto no serán indemnizables conforme a lo dispuesto en este capítulo, tales daños darán derecho al perjudicado a ser indemnizado conforme a la *legislación civil y mercantil*”). En otros supuestos, la remisión se efectúa directamente al Código Civil pero no se trata de una opción sino más bien de la consecuencia derivada de la inexistencia de norma mercantil aplicable. Es el caso del concepto de producto (artículo 6 -“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil”), del fraude de ley del artículo 10 (“La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el *artículo 6 del Código Civil*”) y de las consecuencias del derecho de desistimiento del artículo 74.1 (“Ejercido el derecho de desistimiento, las partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones de acuerdo con lo dispuesto en los *artículos 1.303 y 1.308 del Código Civil*”). Caso especial es el de la interrupción de la prescripción de la acción de reparación de daños y perjuicios por productos defectuosos, en la que, si bien existe regla mercantil especial (artículo 944 Cco), el artículo 143.2 TRLGDCU toma partido por la norma civil (“La interrupción de la prescripción se rige *por lo establecido en el Código Civil*”).

mercantiles *stricto sensu*. A diferencia de ambas regula vínculos jurídicos verticales para los que no caben las respuestas de los viejos códigos. ¿Qué sería entonces el “*Derecho común de los contratos*” al que se refiere el artículo 59.2.II? Entendemos que la apelación debe entenderse realizada al conjunto de reglas y principios comunes que constituyen la regulación de cabecera de la contratación privada. Se trataría por ello de las reglas de contratación del Libro IV del Código Civil cuya aplicación supletoria cabe invocar no sólo desde la regla de supletoriedad universal del artículo 4.3 del propio Código sino a partir de la remisión que efectúan los artículos 2 y 50 CCo⁶⁹⁴, a las que habría que añadir *ex* artículo 1.4 CC y 1.258 CC los principios informadores del moderno Derecho de la contratación privada en el marco de la Constitución económica (artículos 38 y 128 CE).

¿Resultarían integradas en esta referencia las normas de contratación mercantil contenidas en el Título IV del Libro Primero del Código de Comercio (artículos 50 y siguientes)? En este caso, la respuesta debe entenderse negativa por un doble motivo. En primer lugar, desde el punto de vista formal, dichos preceptos no son técnicamente “Derecho común” sino “Derecho especial”, encontrándose diseñados para relaciones inter-empresariales. Pese al fenómeno de generalización del Derecho Mercantil, no creemos que dicho bloque normativo –los preceptos del Código de Comercio- participe de tal circunstancia. En

⁶⁹⁴ Con todo, como resulta conocido, el artículo 2 CCo presenta notables diferencias con el artículo 50. El primero configura el Derecho común como supletorio de segundo grado (por detrás del Derecho consuetudinario especial, esto es, los “usos del comercio observados generalmente en cada plaza”) en relación con el problemático concepto de “actos de comercio”. Por el contrario, el artículo 50 CCo establece una supletoriedad especial (referidas a “contratos mercantiles en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes”) y de primer grado, sin mención explícita a la costumbre.

segundo lugar, desde una óptica tuitiva, carecería de sentido que se aplicasen al consumidor, en nuestro caso usuario de servicios sanitarios, normas mercantiles como la prohibición de términos de gracia o cortesía (artículo 61 CCo), constitución en mora (artículo 63 Cco) o la brevedad de plazos de prescripción (artículos 942 y siguientes Cco), por poner tres ejemplos de reglas propias de sujetos que se encuentran en situación de paridad posicional. Este descarte del Código de Comercio como norma de Derecho común a los efectos del artículo 59.2 TRLGDCU no debe entenderse en ningún caso como una apuesta por la calificación de las relaciones de consumo como vínculos jurídico-civiles. Simplemente, nos limitamos a señalar que parte del Derecho común de los contratos se contiene en el Código Civil, según declara en su propio artículo 4.3, lo que no significa que el contrato de consumo sea civil. Tampoco mercantil *stricto sensu*: se trataría de un contrato de Derecho privado que, como consecuencia de la generalización del Derecho Mercantil, tiene como fuente supletoria el Código Civil en tanto Derecho común. Ello provoca de facto un fenómeno de convergencia que, a nuestro juicio, hace inútil preguntarse si el contrato es civil o mercantil dado que la ruta, en ambos casos, nos conduce al mismo destino. Como ya hemos expuesto con ocasión de la polémica en torno al Anteproyecto de Código Mercantil esta cuestión no resulta pacífica. En todo caso, nótese que allí se discutía sobre si los contratos de consumo eran civiles o mercantiles mientras que aquí lo hacemos sobre otra cuestión íntimamente ligada: ¿cuál debe ser el Derecho supletorio de los contratos de consumo, una vez sentado que, mercantiles o no, tienen como legislación aplicable las normas del TRLGDCU?

Nuevamente, esta cuestión no es pacífica en la doctrina. Existe la postura civilista que rechaza la aplicación del Derecho mercantil a los

contratos de consumo⁶⁹⁵ y la contraria⁶⁹⁶. Por nuestra parte, nos remitimos a lo ya señalado, insistiendo en la esterilidad del debate dialéctico entre lo civil y lo mercantil, dado que lo relevante es su régimen jurídico, o siendo más concretos, su régimen jurídico *supletorio*. En este sentido, se aplicaría a los contratos de consumo el Código Civil en su condición de Derecho común pero no porque los contratos de consumo sean civiles, sino porque, tanto la vía remisiva del artículo 4.3 CC como la de los artículos 2 y 50 CC, producen el mismo resultado. Téngase en cuenta que la calificación

⁶⁹⁵ Por todos, GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentario al artículo 59”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 759-760, pp. 757-765, para quien “es posible aplicar a los contratos de consumo el Derecho civil porque este es generalmente accesible, es decir, no identifica o exige, en los destinatarios de sus normas, cualidades o condiciones específicas, pero no lo es el Derecho mercantil. La deriva conceptual de considerar los contratos de consumo “mercantiles” carece de rigor y, tal vez, se justifica en la salvaguardia de la unidad de mercado o, dicho de otro modo, expresa una elección del legislador estatal en la lucha de títulos competenciales”.

⁶⁹⁶ Cfr. GALLEGU, Esperanza, “Los contratos de intercambio de bienes en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014, p. 353, pp. 343-366, quien señala, refiriéndose que las remisiones que efectúa el TRLGDCU en otros preceptos a las disposiciones que regulan los contratos mercantiles constituyen “[una] circunstancia [que] constata definitivamente el carácter mercantil de la disciplina ya que es evidente que la referencia a los contratos mercantiles sólo tiene sentido si el contrato es mercantil, actuando el Derecho Civil como supletorio en aplicación del sistema de fuentes previsto en el artículo 50 del Código de Comercio(...) En consecuencia, la intervención de un consumidor no priva a la compraventa de su carácter mercantil. Ahora bien, naturalmente propicia la aplicación de normas sectoriales –mercantiles- sobre protección de los consumidores”. Por ello de forma crítica señala que “en este marco de coherencia no puede dejar de sorprender la redacción que ha efectuado la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el artículo 59.2 TRLGDCU (...) Dado que, en el ámbito de la normativa sobre consumo, el legislador no suele ser especialmente preciso al utilizar las categorías jurídicas no se sabe si con la expresión “derecho común de los contratos” ha querido excluir el Derecho Mercantil o, simplemente, como parece más razonable, los derechos forales y la normativa autonómica”, p. 354.

civil del contrato de consumo llevaría aplicar determinadas normas de contratación de los Derechos civiles forales o especiales que ampara el artículo 149.1.8^a CE, por lo que la referencia al “Derecho común de los contratos” como Derecho supletorio *ex* artículo 59.2 TRLGDCU no debe ser entendida como remisión al *Derecho Civil* sino al *Código Civil*, sin perjuicio de las restantes normas que, sin estar formalmente contenidas en el Código Civil, disciplinen la materia. En esta línea, bien es cierto que no siempre de forma exitosa, el Derecho de Consumo en España ha constituido un indudable ariete en pro de una deseable unificación del Derecho privado de obligaciones y contratos⁶⁹⁷. No obstante, las afirmaciones anteriores deben entenderse en todo caso sujetas al devenir final que pueda experimentar el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, o norma equivalente, que efectúa una indudable apuesta por la mercantilidad del contrato de prestación de servicios denominándolo precisamente “mercantil” (artículo 531-1). Ciertamente se respeta como preferente la normativa de protección del consumidor (apartado 2 del artículo 001-3).

4.2.2.- Nivel de protección de la legislación sectorial

Junto al sistema de fuentes, el segundo párrafo del artículo 59.2 TRLDCU contiene otra previsión, que no es otra que la configuración de

⁶⁹⁷ La incidencia del Derecho de Consumo en la contratación privada ha sido especialmente destacada en la doctrina francesa. Por todos, CALAIS-AULOY, Jean, “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats...”, *ob.cit.* p. 239; POMBIEILH, Melle Denise, *L’incidence du contrat de consommation sur l’évolution du Droit des contrat*, Tesis doctoral, Université de Pau et des Pays de l’Adour, Pau, 2002, *passim*.

la norma de consumo como suelo normativo de la legislación sectorial. Así se infiere de su contenido que establece que:

“La regulación sectorial de los contratos con los consumidores y usuarios deberá respetar el nivel de protección dispensado en esta ley, sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa.

No obstante lo previsto en el párrafo anterior, la regulación sectorial podrá elevar el nivel de protección conferido por esta ley siempre que respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea”.

En esa misma línea el párrafo 11 de la Exposición de Motivos de la Directiva 2011/83/UE señala que la misma “debe entenderse sin perjuicio de las disposiciones de la Unión relativas a sectores específicos, tales como los medicamentos para uso humano, los productos sanitarios, (...), los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, (...)”.

En línea de principio, estas previsiones suponen que el TRLDCU actúa como norma de mínimos lo que, sin duda, constituye una importante herramienta para articular la postura que aquí defendemos, evitando la tentación del empleo de la legislación especial para escapar de los controles y del nivel de protección de la norma general. Desde esta

perspectiva la norma de consumo se configuraría como suelo contractual de mínimos que la legislación sanitaria sólo podría mejorar o ampliar⁶⁹⁸.

No obstante, no puede obviarse que el precepto queda notablemente descafeinado tras su reforma por la Ley 3/2014. En efecto, el texto original se limitaba a señalar que “la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma”, sin ningún tipo de limitación. Tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, debemos tener en cuenta que el carácter de norma mínima ya no es absoluto y resulta excepcionado por la posibilidad de que el Derecho de la Unión Europea disponga lo contrario (*“sin perjuicio de que prevalezcan y sean de aplicación preferente las disposiciones sectoriales respecto de aquellos aspectos expresamente previstos en las disposiciones del derecho de la Unión Europea de las que traigan causa”*). Esta limitación resulta refrendada por la consagración expresa del requisito de que la eventual protección *in maius* de la regulación sectorial (*“...respete, en todo caso, las disposiciones del derecho de la Unión Europea”*).

⁶⁹⁸ Esta tesis del TRLGDCU como norma mínima, al menos hasta su reforma en 2014, es también sostenida por la doctrina mayoritaria a la vista de la redacción originaria del artículo 59.2 TRLGDCU. En este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp.2147 y 2148, para quien “el TRLGDCU viene a sustituir, entonces, los principios de temporalidad y especialidad (*lex posterior specialis derogat generali*)” por el de norma más favorable (al consumidor), en sintonía con lo que ocurre en el Derecho laboral o en la normativa comunitaria sobre protección al consumidor cuando establece niveles mínimos de protección, mejorables en los Derechos nacionales. La regulación del TRLGDCU sobre los contratos con consumidores se reconoce a sí misma la condición de norma mínima”. En la misma línea, GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentario al artículo 59”,...ob. cit, p. 761 destaca que “la protección es mínima, de manera que son lícitas las cláusulas que mejores la posición del consumidor, bien atribuyéndole otros derechos, o bien mejorando alguna de las condiciones de aquéllos que ostenta legalmente”.

Considerando la tendencia actual del Derecho comunitario de configurar sus directivas como de disposiciones de máximos, el precepto constituye una regresión en la protección del papel del Derecho especial, máxime cuando el Derecho de Consumo de la Unión Europea está siendo progresivamente postergado en beneficio del Derecho de la Competencia que vendrá a postular condiciones iguales para los empresarios –también la protección del consumidor- en la totalidad del mercado único. No resulta preciso insistir en que dicho postulado resulta aceptable siempre que la uniformidad de reglas no implique la igualación por abajo, esto es, tomando como referencia la del Estado miembro menos tuitivo. Con la salvedad apuntada, cabe subrayar que las reglas de las que el TRLGDCU constituye un suelo mínimo respecto de las normas sectoriales del contrato de servicios sanitarios, son las que a continuación se exponen⁶⁹⁹.

4.2.3.- Extensión del suelo precontractual de mínimos.

Antes de la celebración del contrato de servicios sanitarios, existen importantes garantías para el usuario en materia de información, de pagos adicionales y de publicidad.

4.2.3.a) Información precontractual general.

⁶⁹⁹ Adviértase que la técnica del suelo mínimo, mejorable por los beneficios que puedan establecerse en cada caso, también figura en otros preceptos del TRLGDCU pero referidos al mayor beneficio del concreto contrato, no de la norma sectorial. Así, el artículo 61.3 (“No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”), el artículo 65 (“Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”) y el artículo 80.2 (“Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”).

No nos referimos aquí a las consabidas normas de información asistencial contenidas en la LAP a las que se remite el artículo 5.1.f) LOPS, sino a la información que, con carácter previo a la celebración del contrato, debe conocer el usuario. En este sentido, el artículo 60.1 sienta como regla que el empresario, en nuestro caso el prestador de servicios sanitarios, debe facilitar al consumidor de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas⁷⁰⁰.

⁷⁰⁰ Dicha exigencia se completa con un contenido mínimo que ha sido progresivamente ampliado desde la redacción originaria del artículo 60.2 TRLDU, por las sucesivas reformas operadas por Ley 25/2009, de 22 de diciembre y por la Ley 3/2014, de 27 de marzo. Actualmente, si adaptamos dicho contenido mínimo legal a un contrato de servicios sanitarios (descartando por ello la información exigible en contratos de suministro), deberá informarse sobre los siguientes extremos: a) características principales de los servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los servicios; b) identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe; c) precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio; en toda información sobre el precio de los servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares; d) procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio; e) duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio; f) lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación; g) existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de

4.2.3.b) Control preventivo sobre pagos adicionales.

En la prestación de servicios sanitarios, no suele ser infrecuente la exigencia de pagos adicionales por parte del prestador que el usuario, en la situación de debilidad jurídica e incluso psicológica que le confiere tanto su estado de salud como su inferioridad posicional acepta resignadamente. A ello se le añade la circunstancia, por otra parte comprensible, de que el usuario medio no escatima en salud al tratarse lógicamente el presupuesto fundamental de nuestra propia existencia, lo que, sin duda, potencia su posición de fragilidad. En este sentido, el artículo 60.bis.1 TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, establece un régimen de control preventivo de los pagos adicionales aplicable por supuesto al contrato privado de servicios sanitarios.

Así las cosas, antes de que el usuario quede vinculado por el contrato de servicios sanitarios o por la oferta –de ahí que se trate de una regla precontractual-, el prestador debe obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal de éste último. Estos suplementos opcionales deben comunicarse de una manera clara y comprensible y su aceptación por el usuario se realizará sobre una base de opción de inclusión. Adviértase que se trata de un supuesto de consentimiento informado cuyo contenido no tiene carácter asistencial sino retributivo, pues no basta con consentir el

ejercitarlo; h) el procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4. Obviamos pues las referencias referidas a bienes, y en particular los apartados e), i) y j) del artículo 60.2 TRLGDCU, sin perjuicio de su aplicabilidad cuando la prestación de servicios venga acompañada del suministro de bienes (v.gr. piénsese en un servicio de dentista en la que además del tratamiento se vende una determinada prótesis).

pago adicional sino que resulta preciso proporcionar una información previa que resulte suficiente. Si el prestador no ha obtenido el consentimiento expreso, pero lo deduce utilizando opciones por defecto que éste debe rechazar para evitar el pago adicional, el usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago⁷⁰¹. Estas reglas se completan con una inversión de la carga de la prueba de modo que corresponderá al prestador probar el cumplimiento de las obligaciones referidas.

4.2.3.c) Integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato.

Nos encontramos aquí ante una técnica especialmente apropiada para la prestación privada de servicios médicos en la que es práctica común el reclamo publicitario, ofertando determinadas características de la prestación o, incluso, prometiendo un determinado resultado (v.gr. cirugía estética). En estos casos, la configuración del negocio jurídico como contrato de consumo permite, sin necesidad de recurrir al debate doctrinal sobre las obligaciones de medios y de resultado, aplicar directamente la clásica regla de la integración publicitaria en el contrato, actualmente contenida en el artículo 61 TRLGDCU. De este modo, la oferta, promoción y publicidad de los servicios sanitarios, debe ajustarse a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones

⁷⁰¹ Como señala GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, “Incidencia en el Derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, p.43, el artículo 87.5 II TRLGDCU ya hacía la salvedad de que en aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado. Lo que añade ahora el art. 22 de la Directiva – del que trae causa el artículo 60.bis.1 TRLGDCU- es un derecho de reembolso del pago realizado por dichos costes derivados de servicios prestados y facturados por separado y por lo tanto, no repercutidos en el precio de la obligación contractual principal si no ha existido consentimiento expreso del consumidor, no pudiéndose entender como tal la falta de rechazo de las opciones conducentes por defecto a dicho pago adicional.

jurídicas o económicas de la contratación. Por otra parte, su contenido, prestaciones, condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas son exigibles por los usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deben tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. Dicha regla de integración publicitaria lógicamente cede si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, en cuyo caso éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad⁷⁰².

No obstante, el alcance del artículo 61.2 TRLGDCU había quedado notablemente desdibujado en el caso de que la publicidad se articule mediante códigos de conducta. Así las cosas, en línea de principio, las obligaciones asumidas en dicho código resultarían exigibles para los pacientes como consumidores, no sólo por su naturaleza obligacional⁷⁰³,

⁷⁰² Cfr. sobre el precepto, FONT GALÁN, Juan Ignacio, "Publicidad comercial y contrato con consumidores. Conexiones funcionales y normativas: sustantivación obligacional e integración contractual de las ofertas promocionales y publicitarias". *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 25, 2010, pp. 147-179.

⁷⁰³ La exigibilidad de los códigos es defendida por PORTO CORTÉS, Alejandra, "La posible reclamación judicial, por el consumidor, ante el incumplimiento de un código de conducta", *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2010, pp. 1-23, que postula asimismo otros títulos jurídicos que permiten sostener la exigibilidad del cumplimiento del código de conducta como la buena fe (pp. 15-16), la teoría de los propios actos (pp.17-18) o la teoría del enriquecimiento injusto (pp. 19-20). Para ILLESCAS ORTIZ, Rafael, "La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad" *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, p. 302, "la fuerza de obligar de la autorregulación, sencillamente, estriba en el consentimiento prestado por el autorregulado". Finalmente, según MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan, "Los Códigos de conducta como fuente de Derecho", *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, p. 372, los códigos de conducta son fuente del Derecho por resultar constitutivos de normas consuetudinarias cuando son producto de la creación directa de los grupos sociales. A nuestro juicio, sin embargo, el carácter exigible de los códigos de conducta, derivaría más bien de su consideración como fuente de obligaciones

sino también porque la exhibición del código de conducta tiene carácter publicitario, y por ello su incumplimiento podría resultar reputado como publicidad ilícita por engañosa, constituyendo, por tanto, un acto de competencia desleal, tanto *ex* artículo 3.e) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, como conforme a la cláusula general de deslealtad del artículo 4.1 LCD⁷⁰⁴. No obstante, debemos tener en cuenta que el alcance del artículo 61.2 TRLGDCU y del artículo 4.1 LCD ha quedado desdibujado a raíz de la excepción a la exigibilidad prevista en el artículo 5.2 LCD, conforme a la cual “cuando el empresario o profesional indique en una práctica comercial que está vinculado a un código de conducta, el incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, se considera desleal, siempre que el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y, en su contexto fáctico, esta conducta sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios”⁷⁰⁵. De este modo, *sensu contrario*, el

al amparo del artículo 1.089 CC que de su condición fuente del Derecho *ex* artículo 1.3 CC.

⁷⁰⁴ Tras la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, el artículo 3.e) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, considera la publicidad engañosa un supuesto de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal. Por su parte, el artículo 4.1 LCD, reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En este sentido, el artículo 39 LCD, cuando regula acciones previas frente a empresarios y profesionales adheridos a códigos de conducta a los que se encuentren vinculados en los términos del artículo 5.2 de la propia Ley, ratifica esta idea de exigibilidad.

⁷⁰⁵ Debe advertirse que el legislador español se extralimitó en la transposición de la Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, toda vez que el artículo 5.2 LCD va más allá del artículo 6.2.b) de la Directiva, precepto análogo sólo previsto para las relaciones jurídicas interempresariales, precisión no incluida en la LCD que no distingue, en esta materia, en atención a la naturaleza del sujeto pasivo de la práctica comercial.

contenido de los códigos no resultaría exigible por los consumidores en los casos en los que el compromiso del empresario o profesional no sea firme y verificable – lo que abre indudables puertas al fraude-, o, incluso siéndolo, si en su contexto fáctico, esta conducta no sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios –concepto jurídico indeterminado y ciertamente complejo de verificar-. En este sentido, la posible contradicción entre el artículo 61.2 TRLGDCU y el artículo 5.2 LCD en principio debería ser resuelta a favor de este último, toda vez que la Ley 29/2009 también aprovechó la transposición para dar nueva redacción al artículo 19.2 TRLGDCU que establece que “sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes, para la protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios, las prácticas comerciales de los empresarios dirigidas a ellos están sujetas a lo dispuesto en esta Ley, en la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”⁷⁰⁶. No obstante, tras la reforma operada por la disposición final decimoséptima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (nótese que el instrumento de reforma da idea de lo improvisado de la misma) se ha modificado el mencionado artículo 19.2 TRLGDCU para señalar que “no tienen la consideración de prácticas comerciales las relaciones de naturaleza contractual, que se regirán conforme a lo previsto en el artículo 59”, añadiendo aún más complejidad al sistema al remitirse a las normas propias de los contratos de consumo. Sea cual fuere la intención del legislador, a nuestro juicio, la modificación

⁷⁰⁶ Sobre la cuestión de la exigibilidad, CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, “Regulación y autoregulación en el comercio electrónico: especial consideración de los códigos de conducta como instrumento de Soft Law” en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Thomson Reuters Civitas 2011, pp.559-564.

permite abrir las puertas a una interpretación *pro consumatore* en el sentido de otorgar prevalencia al artículo 61.2 TRLGDCU frente al artículo 5.2 LCD, eliminando así las excepciones a la vinculación de los códigos de conducta.

4.2.4.- Extensión del suelo contractual de mínimos.

4.2.4.a) Garantías materiales del contrato.

En esta materia resultan extensibles al contrato privado de servicios sanitarios las garantías que ofrece el artículo 62 TRLGDCU en virtud del cual se exige la constancia inequívoca de la voluntad de contratar del usuario o, en su caso, de poner fin al contrato. Asimismo, desde la perspectiva del contenido obligacional quedarían prohibidas las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato y, en particular las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del usuario a poner fin al contrato⁷⁰⁷. El precepto también reconoce al usuario la posibilidad de ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas⁷⁰⁸.

⁷⁰⁷ Además, y particularmente, en los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado, como el que nos ocupa, deberán contemplar expresamente el procedimiento a través del cual el consumidor y usuario puede ejercer su derecho a poner fin al contrato (apartado 4).

⁷⁰⁸ El precepto cita a título ejemplificativo la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados, sin que constituya un *numerus clausus*.

4.2.4.b).- *Garantías documentales del contrato.*

También resultará aplicable el régimen documental del artículo 63 TRLGDCU⁷⁰⁹ de modo que el prestador deberá entregar tanto recibo como factura. Así las cosas, deberá hacer entrega de recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación. De igual modo, la calificación del contrato de servicios sanitarios como contrato de consumo obliga al prestador a entregar la factura en papel, deber que no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna. La expedición de factura electrónica está en todo caso condicionada al previo consentimiento expreso del consumidor⁷¹⁰. En este sentido, la solicitud del consentimiento deberá

⁷⁰⁹ No extendemos al contrato de servicios sanitarios la previsión que proclama el artículo 63.2 TRLGDCU (“Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública, la formalización del contrato será gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse éste por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera”). En este sentido, no existe norma que exija que el contrato de servicios sanitarios se formalice por escrito, siendo por ello la forma escrita puramente voluntaria. Ello resulta, a nuestro juicio, reprochable, máxime cuando la forma escrita, bien es cierto que con mera eficacia *ad probationem*, sí es requerida por el artículo 42.1 LOPS para todos los contratos de prestación de servicios sanitarios que se celebren entre profesionales sanitarios, entre profesionales y centros sanitarios o entre profesionales y entidades de seguros que operen el ramo de enfermedad. Carece de sentido que se exija la garantía de la forma escrita en las relaciones horizontales y no en las verticales donde su necesidad resulta mucho más acusada. En este sentido, la exigencia de la historia clínica en la LAP (artículo 14) no cubre esta clamorosa omisión en la medida en que sólo contendrá datos asistenciales y no de otra naturaleza, algunos de claro interés para el paciente-consumidor como los honorarios profesionales.

⁷¹⁰ La factura electrónica resulta regulada por los artículos 9 y 10 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. Téngase en cuenta que la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura

precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación. Podemos observar cómo el rigor documental de la norma de consumo en relación con el deber de facturación, introducido como novedad por la modificación operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, puede contribuir decisivamente a erradicar prácticas no infrecuentes en la medicina privada como el pago sin documentar con el consiguiente riesgo de fraude fiscal y de desprotección del destinatario del servicio sanitario. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la obligación de expedir factura ya derivaba de la normativa tributaria de modo que los empresarios o profesionales están obligados a expedir factura y copia de ésta por las prestaciones de servicios que realicen en el desarrollo de su actividad, incluidas las no sujetas y las sujetas pero exentas del Impuesto⁷¹¹. En este sentido debe tenerse en cuenta que si bien, por regla general, la prestación de servicios sanitarios se encuentra exenta del Impuesto sobre Valor Añadido⁷¹², ello no significa que no deba expedirse

electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, según su artículo 2.1, sólo resulta de aplicación a las facturas emitidas en el marco de las relaciones jurídicas entre proveedores de bienes y servicios y las Administraciones Públicas.

⁷¹¹ Según establecen el artículo 164.Uno.3.º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y el artículo 2.1 del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.

⁷¹² El artículo 20.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, declara exentas de este impuesto las siguientes operaciones: "(...) 2º Las prestaciones de servicios de hospitalización o asistencia sanitaria y las demás relacionadas directamente con las mismas realizadas por entidades de Derecho público o por entidades o establecimientos privados en régimen de precios autorizados o comunicados; Se considerarán directamente relacionados con las de hospitalización y asistencia sanitaria las prestaciones de servicios de alimentación, alojamiento, quirófano, suministro de medicamentos y material sanitario y otros análogos prestados por clínicas, laboratorios, sanatorios y demás establecimientos de

factura pues, de forma expresa, así lo prevé la normativa reglamentaria de desarrollo⁷¹³. En todo caso debe tenerse en cuenta que en los casos de operaciones cuyo importe no exceda de 400 euros, Impuesto sobre el Valor Añadido incluido, se permite que la obligación de expedir factura sea cumplida mediante la expedición de “factura simplificada”⁷¹⁴, documento que no identifica nominativamente al destinatario pero de valor equivalente en el tráfico jurídico y que en la normativa anterior se conocía por el más popular término de “tique”⁷¹⁵.

hospitalización y asistencia sanitaria. La exención no se extiende a las operaciones siguientes: a) La entrega de medicamentos para ser consumidos fuera de los establecimientos mencionados en el primer párrafo de este número. b) Los servicios de alimentación y alojamiento prestados a personas distintas de los destinatarios de los servicios de hospitalización y asistencia sanitaria y de sus acompañantes. (...); 3.º La asistencia a personas físicas por profesionales médicos o sanitarios, cualquiera que sea la persona destinataria de dichos servicios. A efectos de este impuesto tendrán la condición de profesionales médicos o sanitarios los considerados como tales en el ordenamiento jurídico y los psicólogos, logopedas y ópticos, diplomados en centros oficiales o reconocidos por la Administración. La exención comprende las prestaciones de asistencia médica, quirúrgica y sanitaria, relativas al diagnóstico, prevención y tratamiento de enfermedades, incluso las de análisis clínicos y exploraciones radiológicas; 4.º Las entregas de sangre, plasma sanguíneo y demás fluidos, tejidos y otros elementos del cuerpo humano efectuadas para fines médicos o de investigación o para su procesamiento con idénticos fines; 5.º Las prestaciones de servicios realizadas en el ámbito de sus respectivas profesiones por estomatólogos, odontólogos, mecánicos dentistas y protésicos dentales, así como la entrega, reparación y colocación de prótesis dentales y ortopedias maxilares realizadas por los mismos, cualquiera que sea la persona a cuyo cargo se realicen dichas operaciones”.

⁷¹³ El artículo 3.1.a) excepciona de la obligación de expedir factura a las operaciones exentas del Impuesto sobre el Valor Añadido entre las que se encontrarían las diferentes prestaciones de servicios sanitarios, pero, acto seguido, efectúa una excepción de la excepción declarando obligatoria la expedición de factura en las operaciones exentas previstas, entre otros, en los apartados 2.º, 3.º, 4.º y 5.º del artículo 20.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (esto es, las prestaciones de servicios sanitarios reflejadas en la nota anterior).

⁷¹⁴ Artículo 4.1.a) del Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación. Sobre su contenido, *vid.* artículo 7 de la misma norma.

⁷¹⁵ Denominación del artículo 4 del ya derogado Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación, y se modifica el Reglamento del

4.2.4.c).- Otras garantías

a) Integración contractual en beneficio del consumidor. Al tratarse de un contrato de consumo, resultará aplicable la regla por la que éste se integra, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante (artículo 65 TRLGDCU). En el fondo, se trata de un supuesto correlativo a los criterios de integración del artículo 1.258 CC.

b) Prohibición de comparecencia obligatoria del usuario. Aun tratándose de una cuestión menor, también resultaría de aplicación la prohibición del artículo 66 TRLGDCU de hacer obligatoria la comparecencia personal del consumidor y usuario para realizar cobros, pagos o trámites similares, debiendo garantizarse, en todo caso, la constancia del acto realizado. Obviamente, la precisión debe entenderse hecha en relación con actos de pago y tramitación, no siendo lógicamente extensible a la comparecencia personal del usuario para cualquier tipo de exploración física o examen médico.

c) Prohibición de cargos por la utilización de medios de pago. El artículo 60.ter prohíbe al prestador facturar a los usuarios, por el uso de determinados medios de pago, cargos que superen el coste soportado por el empresario por el uso de tales medios. La prueba del cumplimiento de este deber corresponde al empresario.

5.- EL CONTRATO DE CLÍNICA U HOSPITALIZACIÓN COMO SUPUESTO ESPECIAL DE PRESTACIÓN DIRECTA DE SERVICIOS SANITARIOS.

5.1.- Configuración y naturaleza: argumentos en contra de su autonomía.

En determinadas ocasiones el usuario accede directamente al facultativo que le atiende a través de un contrato de servicios médicos, en cuyo caso la relación contractual es claramente bilateral (usuario-profesional). Pero en otras ocasiones, concierta directamente con el centro sanitario o clínica que pone a su disposición sus propias instalaciones y, eventualmente, su cuadro de médicos y personal sanitario que se encuentra ligado con la clínica mediante contrato laboral o contrato mercantil de servicios. En este caso, nos encontraríamos ante una relación jurídico-privada entablada entre el usuario y dicho centro, que se conoce como “contrato de clínica u hospitalización”. Obviamente no participarían de este concepto los supuestos en los que el profesional médico contratado que se encarga de la asistencia sanitaria, también le proporciona al paciente la hospitalización posterior (v.gr. postoperatorio) en virtud de un concierto con la clínica en la medida en que la titularidad de la totalidad de los derechos y obligaciones frente al usuario sigue descansando en dicho facultativo.

Sentado lo anterior, debe advertirse desde el inicio que tanto doctrina como jurisprudencia vienen admitiendo pacíficamente la existencia de dos contratos diferentes⁷¹⁶, el contrato de servicios médicos

⁷¹⁶ Por todos, GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, ob.cit. p.25; SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...*, op. cit., p. 312, si bien prefiere emplear el término de “contrato de servicios

en el primer caso, y el contrato de servicios hospitalarios en el segundo, que además tendría el matiz de incorporar prestaciones extramédicas y paramédicas. No obstante, como ya hemos adelantado no consideramos adecuada esta bipartición, y ello porque el contrato sigue siendo el mismo ya se pacte con un profesional liberal, organizado individualmente o en forma colectiva (v.gr. sociedad de profesionales, cooperativa o agrupación de interés económico), o bien con un centro sanitario, *rectius*, con un empresario hospitalario, ya sea individual o social. Sin embargo, doctrinal y jurisprudencialmente se ha afirmado la autonomía de este contrato cuando en realidad sus notas características carecen de la relevancia suficiente como para dotarle de tal estatuto de independencia. En este sentido, se ha llegado a calificar la relación derivada del contrato de clínica como compleja, en la medida en que intervienen tres partes – usuario o paciente, clínica y tercero- cuando en realidad la única relación jurídica es contractual. Así se ha diferenciado entre relaciones directas entre el facultativo y el cliente, cuando la atención médica se otorga con base en un acuerdo expreso o tácito en donde intervienen ambos, y relaciones contractuales complejas, cuando se trata de situaciones en las que el hospital o una compañía de seguros contrata al galeno⁷¹⁷. En otros casos se efectúa una clasificación tripartita más correcta distinguiendo entre prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado entre el facultativo y el paciente, prestación de servicios médicos en virtud de un contrato celebrado entre el paciente y la clínica privada y prestación de servicios médicos en virtud de un seguro de salud privado⁷¹⁸. Por nuestra

hospitalarios”, que quizá sea más acorde con su naturaleza dado que en realidad se trata de un contrato de servicios.

⁷¹⁷ LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, “El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica”..., ob.cit. p. 57.

⁷¹⁸ PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa...*, ob.cit., pp.17-27. El autor en realidad también cita

parte, entendemos más adecuado hablar de prestación directa a través del contrato de servicios sanitarios (como resultado común del contrato de servicios médicos y del contrato de clínica) y de prestación indirecta a través del seguro de asistencia sanitaria.

En este sentido, el contrato de clínica u hospitalización ha venido siendo reconocido explícitamente por la jurisprudencia española como categoría *ad hoc* al menos desde principios de los años noventa del pasado siglo. Recogiendo esta concepción, la STS de 3 de marzo de 2013 (EDJ 2013/24021) ⁷¹⁹ lo define como:

“un contrato atípico, complejo, perfeccionado por el acuerdo de voluntades entre el paciente y una clínica privada, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pero que, en todo caso, comprende los llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos, siendo para ello necesario que el paciente haya confiado a la clínica su realización por medio de sus propios facultativos (el contenido de la reglamentación negocial depende, al fin, de la autónoma voluntad de los contratantes)”.

De la citada definición jurisprudencial, podemos extraer sus notas características. En primer lugar, se trataría, según nuestro Alto Tribunal,

(pp.25-28) un cuarto supuesto: la actividad médica realizada sin mediar contrato alguno, aunque en nuestra opinión, o bien son supuestos nacidos ex lege (por ejemplo, deber de asistencia en situaciones de urgencia so pena de omisión de socorro) o bien en realidad hubo contrato pero no se formalizó por escrito. En cualquier caso, se trata de supuestos cuantitativamente insignificantes y no relevantes para nuestro objeto de estudio.

⁷¹⁹ En el mismo sentido, la definición está presente en las STS de 11 de noviembre de 1991 (EDJ 1991/10634), STS de 12 de marzo de 2004 (RJ 2004, 2146) y STS de 4 de octubre de 2004 (EDJ 2004/147763), STS de 12 de marzo de 2004, o STS de 22 de julio de 2010 (RJ 2010,6567).

de un contrato atípico complejo⁷²⁰. Nada que objetar a la atipicidad pero no sabemos si con la referencia a su carácter complejo se está refiriendo a la concreta categoría que lo diferencia del contrato mixto en los términos ya estudiados, o si por el contrario se emplea la expresión “complejo” de forma equiparable a la de mixto⁷²¹.

En cualquier caso, parece que resultará exigible determinar cuáles son las prestaciones integrantes del contrato a los efectos de aplicar al mismo el régimen jurídico consecuente. En este sentido, de la definición jurisprudencial extraemos claramente dos tipos de prestaciones. En primer lugar se encontrarían las prestaciones que tendrían naturaleza preceptiva para que el contrato fuera calificable como de clínica (nótese que la sentencia transcrita señala “en todo caso”: se trataría de los “*servicios extramédicos*” (de hospedaje, alojamiento y manutención⁷²²) y de los “*servicios asistenciales o paramédicos*”. Dentro de este segundo concepto, debiéramos incluir, a nuestro juicio, los servicios prestados por personal sanitario no médico (v.gr. celadores, auxiliares de enfermería) así como la administración y dispensación de los medicamentos y productos sanitarios prescritos⁷²³. En todo caso, para evitar confusiones con los servicios

⁷²⁰ También lo define como contrato atípico y complejo la jurisprudencia italiana (Sentencias de la *Corte di Cassazione civile* de 1 de julio de 2002, de 14 de julio de 2004 y de 11 de enero de 2008), GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica...*, ob.cit. p.49.

⁷²¹ Respecto a la primera posición, *vid. ut supra* la clasificación tripartita de los contratos atípicos de DÍEZ-PICAZO en coligados, complejos y mixtos expuesta con anterioridad [DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, ob.cit., pp. 489-493]. Respecto a la segunda, recordemos que la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina equipara contratos mixtos y complejos.

⁷²² FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos...* ob.cit. p.234 añade calefacción e iluminación, que conformarían la “prestación hotelera”.

⁷²³ GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica...*, ob.cit. p.49, incluye bajo la rúbrica de servicios paramédicos “la vigilancia y seguridad del paciente que, por lo general, no son realizados personalmente

médicos preferimos emplear únicamente la expresión “paramédicos” desechando el término “asistenciales”, que también englobaría aquéllos⁷²⁴.

En segundo lugar se encontrarían las *prestaciones potestativas*, que pueden ser de cualquier tipo incluidas las médicas cuando el paciente haya confiado a la clínica la realización de la actividad asistencial a través de los facultativos dependientes laboral o profesionalmente de la misma. En todo caso, debe subrayarse que existe contrato de clínica aun cuando no exista acto médico pues este no es un elemento esencial del contrato. Esta circunstancia no impide que sigamos afirmando la conveniencia de su reconfiguración en un tipo único (contrato de servicios sanitarios) por cuanto que, aun no existiendo actividad médica propiamente dicha, siempre existirá un sustrato sanitario (prevención, diagnóstico o tratamiento) que es la causa del negocio y que permite diferenciarlo de otro contrato atípico como el hospedaje⁷²⁵. No obstante, existe alguna

por los facultativos y sí por otros profesionales sanitarios”. La SAP de Barcelona de 4 de noviembre de 1992

⁷²⁴ La SAP de Huesca de 29 de abril de 2013 (EDJ 2013/148221) analizó un caso en el que declarando que concurrían elementos propios de varios contratos: el paciente recibe alojamiento, alimentación, medicinas, asistencia de enfermería, curas, servicios colaterales de análisis, radiografías, etc, y tratamiento facultativo por personal integrado en equipos médicos especializados, donde lo que suele primar es el equipo en sí (...). Se trata, por tanto, de un contrato de naturaleza compleja y atípico, que está sujeto al plazo general de prescripción de 15 años del art. 1964 CC.

⁷²⁵ La STS de 20 de junio de 1995 (RJ 1995, 4932) definió el contrato de hospedaje como contrato de naturaleza compleja y de tracto sucesivo en el que “se combina arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), de obra (para comida) y depósito, para los efectos que introducen”. *Vid.* también la SAP de Málaga de 30 de julio de 2001 (AC 2002, 328), que de forma similar, subraya que el contrato de hospedaje es un “contrato atípico y de naturaleza compleja y tracto sucesivo en el que se combina arrendamiento de cosas, referido a la habitación (en este caso, un apartamento hotelero), el arrendamiento de servicios, referido a los servicios personales que ofrece el complejo hotelero (incluido aquí el alquiler de una caja de seguridad, ubicada en el mismo apartamento), y el depósito, referido a los efectos personales que introducen los clientes (en el caso de litis, en el interior de la referida caja de seguridad)”.

jurisprudencia menor que, sin perjuicio de que el pronunciamiento de fallo sea correcto, tiende a equiparar indebidamente el contrato de clínica con el contrato de hospedaje cuando se conciertan únicamente prestaciones extramédicas al ámbito del contrato de hospedaje⁷²⁶.

Otras sentencias por el contrario, entienden que se *trata de* las prestaciones típicas de la figura del arrendamiento de obra y de servicios, y eventualmente del de depósito [SAP de Badajoz de 19 de enero de 1999 (AC 1999, 10)]. Sobre el hospedaje en general, cfr. la obra clásica de PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1930.

⁷²⁶ En este sentido resulta ilustrativa la SAP de Valencia de 8 de octubre de 2006 (AC 2007, 692) en la que la usuaria hospitalizada pretende reintegro de la diferencia de precio entre una habitación “estándar” de la clínica y una “suite”, cuando la póliza sanitaria sólo cubría la estancia en habitación estándar. La sentencia recaída en la instancia estimó íntegramente la demanda por infracción del deber de información al consumidor previsto en el antiguo artículo 25 de la antigua LGDCU de 1984. Recurrida en apelación, el Tribunal califica el contrato celebrado por los actores como de clínica u hospitalización, pero en la medida en que la suite disfrutada quedaba fuera de la cobertura del contrato de seguro, resalta que el asunto litigioso, en cuanto a lo discutido, se enmarca en el contrato de hospedaje o alojamiento, “y en este estricto ámbito en absoluto puede prosperar la reclamación de la parte demandante, con lo que, con revocación de la sentencia apelada, se ha de desestimar la demanda: en primer lugar, porque el precio cuyo reintegro se reclama no puede configurarse como un daño y perjuicio causado por la parte demandada, ya que es la lógica contraprestación económica de un servicio de alojamiento en una “suite”, que es de mayor comodidad y calidad que el que se presta normalmente en una habitación “estándar”, con lo que resulta inaplicable el art. 25 de la Ley 26/84, de Defensa de Consumidores y Usuarios aplicado por la Juez «a quo» para estimar la demanda, ya que dicho precepto está previsto, como de su literalidad se desprende, para otros supuestos; y en segundo lugar, porque en el concreto marco del hospedaje no puede hablarse en el presente caso de una infracción del derecho de información: de un lado, porque si bien no ha testificado la empleada de la demandada que pudo gestionar el ingreso hospitalario de la demandante, ya que se ignora quien lo hizo, la jefa de administración del Hospital demandado manifiesta que se informa lo suficiente a los pacientes de los servicios especiales que pueden solicitar; de otro lado, porque los demandantes debieron cercionarse en Adeslas de sí su póliza sanitaria cubría la estancia, durante la hospitalización, en una «suite», y no aprovecharse de la confusión por ellos mismos creada, pues no hay que olvidar que fueron los actores lo que solicitaron de «motu proprio» la posibilidad de ocupar una «suite» que no les había sido ofrecida; y de otro lado, porque las normas jurídicas hay que aplicarlas en conexión con la realidad social en que vivimos, y no se precisa de ninguna información

Sentado el cuadro prestacional, la doctrina se ha dividido a la hora de concretar la atipicidad y así se ha llegado a calificar como contrato atípico de hospedaje⁷²⁷, como contrato atípico mixto de hospedaje y de arrendamiento de servicios⁷²⁸. Incluso se le ha negado la atipicidad y se califica directamente como arrendamiento de servicios⁷²⁹.

Respetuosamente discrepamos de todas ellas. En relación con la que defiende su carácter de contrato de hospedaje, resulta obvio que en la medida en que el negocio incorpore prestaciones médicas tal calificación desnaturalizaría el negocio celebrado. No coincidimos tampoco con la calificación jurisprudencial y doctrinal como contrato mixto toda vez que ello implicaría entender que nos encontramos ante elementos, ya sean típicos o atípicos, independientes si se considerasen aisladamente. Sin embargo en el contrato de clínica u hospitalización el conjunto prestacional configura un todo inescindible en la medida en que se encuentra informado por una misma causa contractual, el restablecimiento

especial, ya que se trata de un hecho notorio, embebido en el sentido común de cualquier persona mínimamente formada, que en cualquier régimen de alojamiento, salvo ofertas especiales que no consta que Adeslas tuviera concertadas con el Hospital demandado, lo que, por otro lado, en el ámbito sanitario no suele darse, una «suite» es más cara que una habitación «estándar», y solicitar los actores aquella sin previamente cerciorarse de si ello le iba a suponer un gasto suplementario, cuando ello era lo lógico y razonable, constituyó una ligereza, por no hablar de temeridad, que no pueden pretender ahora proyectar sobre la demandada bajo el pretexto de una falta de información que ellos mismos se podían haber preocupado de obtener. Y no se opone a lo dicho lo traído a colación por la parte actora de sendas sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia (Sección 6ª) y de Zaragoza (Sección 5ª), ya que ambas nada tienen que ver con el asunto aquí enjuiciado, pues aquellas iban referidas al ámbito paramédico o sanitario del contrato de clínica o de hospitalización y este lo es al marco extramédico del contrato de hospedaje”.

⁷²⁷ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos...*, ob.cit.p.235.

⁷²⁸ ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil ...*, ob.cit., p.210.

⁷²⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: Aspectos tradicionales y modernos...ob.cit.*, p.307.

y/o tratamiento del paciente. En efecto, el usuario no acude a una clínica con la finalidad de disfrutar de sus instalaciones sino que el elemento causal entronca directamente con la finalidad sanitaria, incluso en los supuestos en los que no se pacte actividad médica⁷³⁰. Finalmente desechamos la tesis del arrendamiento de servicios dado que ello supondría entender que nos encontramos ante una relación jurídica locataria de las reguladas por el Código civil. Por ello, entendemos que nos encontramos ante un contrato atípico con causa única, respecto del cual resultaría deseable *de lege ferenda* su expresa positivización, regulándose de forma conjunta con el contrato de servicios médicos bajo la más amplia rúbrica de contrato de servicios sanitarios. De hecho, sus prestaciones son perfectamente incardinables en la definición que del

⁷³⁰ Curiosamente, este mismo argumento ha sido empleado para negar la naturaleza mixta al hospedaje y calificarlo como contrato de servicios. Así, CASTAÑOS CASTRO, Paula, "Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6, 2014, Westlaw BIB 2014\3286, defiende que "pese a la existencia física de una habitación, el alojamiento en el hospital se considera un servicio de los llamados extramédicos, lo cual, extrapolado al hospedaje, viene a significar que la presencia corporal de la cosa no condiciona la calificación del contrato. Existe un paralelismo claro entre ambos tipos contractuales: en el contrato de clínica u hospitalización, las constantes prestaciones de hacer que los servicios médicos desarrollan, imposibilitan la calificación como contrato mixto en el que también existe arrendamiento; de igual modo debería ocurrir en el hospedaje, las continuas prestaciones de hacer que el hostelero lleva a cabo a favor del huésped, asimismo deberían impedir la inclusión de un arrendamiento dentro del contrato, y ello pese a constituir el alojamiento la prestación principal del hospedaje. De este modo, para que estemos ante un arrendamiento de cosa y no ante un contrato de servicios, no creemos que baste la presencia física de la cosa en cuestión, sino que es necesario que la entrega y la posesión se configuren y se desarrollen de un modo específico. Así, las continuas prestaciones de hacer que el hotel desempeña durante el tiempo en el que el cliente disfruta de la habitación, alejan dicho contrato de la figura del arrendamiento. Lo que prima no es que el cliente se aloje en una habitación, sino que dicho alojamiento vaya acompañado de unas características propias que indudablemente convierten al contrato en un contrato de servicios".

contrato mercantil de prestación de servicios efectúa el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil⁷³¹.

Lógicamente, si defendemos que, en el fondo el contrato de clínica carece de autonomía por lo que debe integrarse en un amplio concepto de contrato de prestación de servicios sanitarios, resulta obvio señalar que el negocio tiene necesariamente la condición de contrato de consumo al celebrarse con consumidores (artículo 59.1 TRLGDCU), siendo aquí traslaticiamamente aplicables las consecuencias y matizaciones ya estudiadas. En este sentido, seguimos sosteniendo nuestra postura sobre su inclusión en el ámbito de aplicación del TRLGDCU pese a que el artículo 3.3.b) de la Directiva 2011/83/UE trataba igualmente de excluirlo de su ámbito de aplicación pues hacía una referencia expresa a los contratos de clínica al mencionar los contratos de servicios relacionados con la salud (...) “con independencia de que estos servicios se presten en instalaciones sanitarias”. Conscientemente o no, la trasposición se ha llevado al artículo 93.b) TRLGDCU en sede de contratos a distancia y *celebrados fuera del establecimiento mercantil* por lo que, como sabemos, salvo en ese excepcional supuesto, no jugará la exclusión aparentemente querida por la Directiva.

5.2.- La inexistencia de contrato de clínica en el DCFR

Si bien se trata de *Soft Law*, traemos aquí la regulación que hace de la prestación de hospitalización el DCFR que, en ningún caso la singulariza sino que la disciplina en sede del propio contrato de

⁷³¹ Recordemos que el artículo 533-1, apartado 1, dispone que “por el contrato mercantil de prestación de servicios el prestador, que deberá ser un empresario o alguno de los sujetos contemplados en el artículo 001-2 de este Código, se compromete a realizar, a cambio de una contraprestación en dinero, una determinada actividad destinada a satisfacer necesidades de la otra, el ordenante, organizando para ello los medios adecuados pero sin obligarse a la obtención de un resultado”.

tratamiento médico. En este sentido, simplemente le dedica su artículo IV.C.-8:111 estableciendo que si, en el proceso de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de tratamiento médico, las actividades se llevan a cabo en un hospital o en las instalaciones de otra organización diferente de la del tratamiento, no siendo ésta parte del contrato de tratamiento, se debe dejar claro al paciente dicha circunstancia⁷³². En este sentido, el precepto busca clarificar al máximo la identificación de las partes contractuales de modo que el usuario que sea hospitalizado conozca en todo momento si la clínica es o no su contraparte. Esta información no es ociosa dado que no son infrecuentes los supuestos asistenciales en los que el tratamiento continúa en sede hospitalaria pero bajo el manto del contrato de servicios sanitarios, siendo así que conviven dos contratos –el contrato de tratamiento médico, en los términos del DCFR- y el contrato mercantil entre el *medical provider* y la organización hospitalaria por la que ésta pone a disposición de aquél sus servicios e instalaciones para sus pacientes.

Como regla supletoria, se prevé una presunción en virtud de la cual cuando el prestador no pueda ser identificado, será el hospital o la organización análoga, las que tendrán tal consideración de prestador a menos que informen a los pacientes, en un plazo razonable, de la identidad de éste⁷³³. Puede observarse aquí como se emplea la misma técnica de responsabilidad subsidiaria en defecto de información presente

⁷³² "(1) If, in the process of performance of the obligations under the treatment contract, activities take place in a hospital or on the premises of another treatment-providing organisation, and the hospital or that other treatment-providing organisation is not a party to the treatment contract, it must make clear to the patient that it is not the contracting party".

⁷³³ "(2) Where the treatment provider cannot be identified, the hospital or treatment-providing organisation in which the treatment took place is treated as the treatment provider unless the hospital or treatment-providing organisation informs the patient, within a reasonable time, of the identity of the treatment provider".

en materia de responsabilidad por productos defectuosos en caso de falta de identificación del productor⁷³⁴. Resta señalar que estas reglas tienen carácter imperativo de modo que la voluntad de las partes no puede, en detrimento del paciente, excluir su aplicación ni modificarla⁷³⁵.

5.3.- Régimen de responsabilidad civil de la clínica por daños causados al paciente-consumidor.

En relación con la responsabilidad civil de la clínica por daños provocados al usuario debemos diferenciar dos grandes supuestos según la obligación asumida abarque sólo prestaciones extramédicas y paramédicas⁷³⁶ o bien sea completa, de modo que las prestaciones médicas se encuentren también incluidas.

5.3.1.- Contrato integral que incluya prestaciones médicas y prestaciones extramédicas o paramédicas⁷³⁷.

⁷³⁴ Artículo 138.3 TRLGDCU (“Si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante”).

⁷³⁵ “(3) *The parties may not, to the detriment of the patient, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects*”.

⁷³⁶ En tal supuesto se le ha llegado a denominar doctrinalmente “contrato desdoblado de asistencia en el hospital” (SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal...*, ob.cit., p. 890, refiriéndose a la celebración de dos contratos diferenciados por el paciente, uno con el médico para el tratamiento oportuno y otro con el hospital para el alojamiento, cuidados hospitalarios y demás prestaciones extramédicas y paramédicas).

⁷³⁷ SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal...*, ob.cit. p. 80, utiliza el término de “contrato total de hospital”. También SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios...*, ob. cit., p.321. Preferimos el término “integral”, dado que “contrato completo” parece sugerir que, en caso de no incorporar las prestaciones médicas, resultaría “incompleto” cuando en realidad éstas son accesorias. Por ello, para los casos en los que sólo

Nos referimos ahora al caso que denominamos “contrato integral” cuyo contenido es pleno desde el punto de vista de las obligaciones toda vez que incluye todas las prestaciones a cargo de la propia clínica. De esta forma, debemos atender a la concreta causa del daño:

5.3.1.a).- Daños por incorrecta prestación del servicio extramédico o paramédico

Lógicamente en estos casos la empresa titular del centro hospitalario responde directamente frente al usuario de los daños provocados en los aspectos materiales del servicio de hostelería en la medida en que se trata de una prestación contratada directamente⁷³⁸. Pero también responde cuando tratándose de un defecto en la prestación del servicio paramédico, su relevancia es tal que influye en el estado de salud del paciente provocando un daño físico. Piénsese en el caso de la administración incorrecta de un fármaco fuera de una hora pauta, la omisión en la vigilancia del paciente o una infección nosocomial⁷³⁹. En todos esos casos, el centro sanitario responderá directamente, siendo además aplicable el artículo 148 TRLGDCU que prevé una responsabilidad de naturaleza objetiva por la prestación de servicios sanitarios defectuosos. Como veremos en el lugar oportuno, la jurisprudencia ha reconducido la aplicación de este régimen de responsabilidad exclusivamente a los aspectos funcionales del servicio,

concurran prestaciones extramédicas y paramédicas preferimos acuñar la expresión de “contrato básico”.

⁷³⁸ En el mismo sentido, GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica...*, ob.cit., p.352, cita los casos en los medios, instalaciones o instrumentos facilitados por la clínica son insuficientes o inadecuados o si el personal no médico dependiente de la misma incurre en responsabilidad.

⁷³⁹ PARRA SEPÚLVEDA, Darío, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa...*, ob.cit., p. 22, cita también otros ejemplos como las deficiencias en la organización, las malas condiciones higiénicas, las deficiencias en las medidas de seguridad adoptadas con ciertos tipos de pacientes, o la falta o mal estado del material.

dejando fuera los actos médicos. Este supuesto se enmarca por ello plenamente en tal circunstancia.

La casuística jurisprudencial en la materia es abundante pudiendo sistematizarse los criterios de imputación de responsabilidad por razones extramédicas o paramédicas en cuatro grandes causas⁷⁴⁰:

a) *Daños por falta de medios materiales o personales para atender adecuadamente al paciente* [STS de 7 de junio de 1988 (RJ 1988, 4825), STS de 6 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7465), STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1169)]

b) *Daños por el retraso en la atención sanitaria* [STS de 15 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7110) y STS de 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3874)]

c) *Daños por falta de medidas higiénicas adecuadas que dan lugar a una infección postoperatoria o conservación del material quirúrgico y sanitario en mal estado* [(STS de 12 de mayo de 1988 (RJ 1988, 4089), STS de 29 de octubre de 1992 (RJ 1992, 8178), STS 15 de febrero de 1993 (RJ 1993, 771), STS de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4114), STS de 26 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6458)]

d) *Daños por la falta de adopción de medidas de seguridad adecuadas en relación a los pacientes* [STS 27 de enero de 2001 (RJ 2001, 5377) y STS 15 de julio de 1995 (RJ 1995, 6167)]. En este sentido resulta significativa a título de ejemplo la STS de 30 de julio de 1991 que declaró la existencia de la responsabilidad de la clínica por culpa o negligencia derivada de omisión de la debida diligencia exigible. Se trataba de un enfermo

⁷⁴⁰ *Ibídem.* p.27.

hospitalizado que se autolesionó provocándose quemaduras que condujeron a su fallecimiento. La sentencia declara el concurso de culpas de los familiares (negligencia del hijo del paciente por falta de aviso de ausencia de compañía al enfermo) y del centro clínico y de su personal⁷⁴¹

5.3.1.b).- Daños por incorrecta prestación del servicio médico

En este caso, el daño resulta provocado directamente por el funcionamiento del servicio médico. En este sentido, cuando exista dependencia funcional y económica de los facultativos con la clínica ésta deberá responder directamente por la vía contractual del artículo 1.101 CC. Se ha apuntado igualmente la posibilidad de exigencia de responsabilidad extracontractual directamente al facultativo por la vía del artículo 1.902 CC⁷⁴² o a la clínica por la actuación del facultativo al amparo del artículo 1.903.IV CC que regula la responsabilidad por hecho de tercero dependiente (“Lo son igualmente [responsables] los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones”). No obstante cabe

⁷⁴¹ La Sentencia señala que “entre las obligaciones del personal de un centro hospitalario se encuentra la de prestar (cada uno dentro del ámbito de sus respectivas competencias profesionales) la adecuada vigilancia, cuidado y asistencia a los enfermos internados en el mismo, según requiera el estado de cada uno, sin poder, en principio, hacer recaer el cumplimiento de alguna de dichas obligaciones en los familiares del enfermo, siendo ésta la conducta observada por los demandados, aquí recurrentes, al exigir la permanencia en la habitación de D. Luis Q. M. de un familiar del mismo, para vigilarlo ante las imprevisibles y anómalas reacciones o actitudes que aquél, por la enfermedad psíquica que también padecía, pudiera adoptar al quedarse solo en la habitación, por lo que, como acertadamente entiende en este aspecto la sentencia recurrida, ha de calificarse de culposa o negligente la expresada conducta de los demandados, al hacer dejación en un extraño de sus deberes profesionales y al consistir la culpa o negligencia en la omisión de la diligencia exigible, cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso”

⁷⁴² GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* ob.cit. p.26.

apuntar que la dicción del precepto deja una puerta abierta a las clínicas: “La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”. En este sentido, la cuestión resulta problemática dado que, siendo los facultativos profesionales dotados de autonomía profesional cabe preguntarse por cuál haya de ser el canon de diligencia que permite quedar exonerado de responsabilidad. En todo caso, teniendo en cuenta que la prestación médica constituye una prestación contratada por el usuario directamente con la clínica consideramos más adecuada la exigencia de responsabilidad contractual por la vía del artículo 1.101 CC, sin perjuicio de la vía de regreso que competa al titular del centro sanitario frente al agente dependiente causante del daño.

A modo de ejemplo cabe traer a colación la STS de 19 de abril de 1999 (RJ 1999, 2588) que fija como criterio de imputación de la clínica la dependencia funcional y económica del titular de la clínica respecto del médico actuante (la sentencia erróneamente habla de dependencia respecto de la mutua), señalando lo siguiente:

“La recurrente «Clínica Bofill, SL» considera, (motivo tercero de su recurso, artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que se han infringido los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, aunque, en realidad, no entra en el examen de las circunstancias que excluyen la responsabilidad aquiliana sino que niega, a efectos de la responsabilidad derivada del segundo precepto que invoca la relación de dependencia con el doctor Antoni B. Asimismo, a la infracción de estos preceptos, hace referencia en el ya estudiado,

precedentemente, motivo tercero de su recurso, la Cía. aseguradora, no obstante, según se señaló vinculándola a la infracción del artículo 1214, esto es, reconociendo que en el fondo subyace una cuestión probatoria. De lo expuesto hasta ahora, claro resulta conforme a los hechos probados que concurren todos los elementos fácticos exigidos para que sea adecuada la calificación jurídica que imputa culpa por negligencia al médico, sin que por ello, pueda hablarse de infracción del artículo 1902. Pero, también, resulta probada la relación de dependencia que se objeta. En efecto, como establece la sentencia impugnada, con fuerza de hechos probados, «en el caso concreto, el doctor Pere V. V., médico de la "Asociación Mutual Layetana", previo reconocimiento de don Teodoro R. M., consideró oportuno remitir al mismo a la "Clínica Bofill", por cuenta de "Asociación Mutual Layetana", para que fuera visitado, por el médico que se hallare en tal clínica, que resultó ser el doctor Antoni B.». Luego la «Clínica Bofill» designó al interviniente, doctor B. Es igualmente responsable la «Clínica Bofill, SL», no por razones de responsabilidad extracontractual, sino también por responsabilidad contractual, pues existe una dependencia funcional y económica de la «Clínica Bofill, SL» con respecto a la Mutua. En definitiva, el motivo sucumbe”.

En todo caso, rige aquí respecto de la actividad médica de los profesionales dependientes de la clínica el mismo carácter de obligación de

medios predicable para un contrato de servicios médicos de modo que la obligación que asume será de medios⁷⁴³

5.3.2.- Contrato básico que sólo comprenda prestaciones extramédicas y paramédicas

Aquí nos encontramos ante una doble relación contractual: médico-paciente, a través del tradicional contrato de servicios médicos, y paciente-hospital, a través del contrato de clínica⁷⁴⁴. En estos casos, si el daño provocado al paciente resulta imputable a la actuación médica o quirúrgica, limitándose la clínica a permitir la utilización de sus instalaciones, sin participación alguna en la actividad médica, la responsabilidad será únicamente exigible al profesional actuante, quedando la clínica exonerada.

Como ejemplo de esta línea jurisprudencial consolidada⁷⁴⁵ cabe traer a colación, en primer lugar, la STS de 4 octubre de 2010 (RJ 2004\6066) que enjuicia la petición de indemnización a una clínica por las deficiencias crónicas derivadas de la parálisis cerebral mixta originada por

⁷⁴³ GARCÍA GARNICA, María del Carmen. *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica...* ob.cit. p. 25. Será obligación de medios incluso para las clínicas de cirugía estética en atención a la última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo conforme la cual la prestación tiene naturaleza medial salvo que se pacte el resultado o se garantice, como estudiaremos en el correspondiente capítulo.

⁷⁴⁴ Como excepción, por hipótesis podría suceder que si existiera un único contrato de servicios médicos que incluyera la hospitalización de modo que fuera el facultativo el que concertara directamente con la clínica el servicio de hospitalización. En este caso, no habría contrato de clínica de modo que el facultativo repercutiría los costes de hospitalización al paciente.

⁷⁴⁵ En este sentido, cfr. las STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003. 914), STS de 22 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1587); y la SAP de Barcelona 13 de marzo de 2007 (AC 2007,732) y la SAP de Murcia 13 de marzo de 2008 (AC 2008, 978), donde es exonerado el centro hospitalario

falta de oxigenación y sufrimiento fetal durante el período comprendido entre la rotura de aguas meconiales y el parto, declarando la responsabilidad del médico toco-ginecólogo y de la comadrona y absolviendo a la entidad propietaria de la clínica. La sentencia se basa en la inexistencia de dependencia funcional entre la clínica y los profesionales sanitarios. Así señala lo siguiente:

“(…) Clínica Sagrada Familia, SA, cual declaró para un caso semejante la Sentencia de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 6204) , no hizo más que permitir que el médico, sus ayudantes y la paciente utilizaran las dependencias adecuadas para el parto, así como prestar la ayuda al expresado médico mediante su personal auxiliar, al que no cabe imputar incumplimientos causantes del daño, en cuanto se ha declarado que éste resultó del mal cumplimiento de una prestación exigible a otros profesionales. No concurre, por otro lado, la situación de dependencia funcional y económica de la titular de la clínica respecto de Asistencia Sanitaria Colegial, SA de Seguros, a que se refirió la Sentencia de 19 de abril de 1999 (RJ 1999, 2588). Y no fue la clínica, como se ha dicho, la que designó al especialista, supuesto que fue el contemplado en la Sentencia de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001, 3984)”

En la misma línea la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 239), absuelve a una clínica privada excluyendo la responsabilidad por hecho ajeno, por limitarse su intervención a permitir la utilización de sus instalaciones:

“[Se] excluye la responsabilidad de la codemandada, Clínica Girona, puesto que (...) la citada Clínica no tiene ningún tipo de relación laboral ni contractual con el cirujano, es evidente la inaplicación al caso del art. 1.903 del Código Civil, regulador de la responsabilidad extracontractual que nace de los actos u omisiones de las personas por quienes se debe responder, quedando reducida su intervención a permitir la utilización de las instalaciones, en virtud de concierto con el Institut Català de la Salut, y suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios para llevarla a cabo así como a la ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios, por lo que no surge para ella ninguna obligación de responder por la acciones u omisiones culposas o negligentes del profesional interviniente en el acto médico para cuya realización se concertó este uso pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios existentes para efectuarlo, incardinable dentro del art. 1.902 CC, como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en las Sentencias de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8720) y 23 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2545)”

También la STS de 20 de diciembre de 2006 (RJ 9248, 2006) resuelve un caso en el que se reclaman los daños provocados por la práctica de una laparoscopia reiterando el criterio de que cuando la clínica se limita a proporcionar las prestaciones extramédicas o paramédicas no responde de los daños provocados por la asistencia sanitaria:

“Lo cierto es que la Clínica se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones, en virtud de concierto con la Mutua de

Telefónica, y a suministrar los medios técnicos e instrumentos necesarios para llevarla a cabo, y de tales funciones no surge para ella ninguna obligación de responder por la acción u omisión culposa o negligente del profesional que intervino en el acto médico para cuya realización se concertó este uso pues ninguna se le imputa por un hacer negligente propio referido a los medios asistenciales para efectuarlo, incardinable dentro del art. 1902, como esta Sala ha tenido ocasión de señalar en las Sentencias de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991, 8720) ; 23 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2545) y 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399), esta última referida a la misma Clínica. No concurre, por otro lado, la situación de dependencia funcional y económica de la titular de la clínica respecto del médico, a que se refirió la Sentencia de 19 de abril de 1999 (RJ 1999, 2588)”.

6.- LA PRESTACIÓN INDIRECTA A TRAVÉS DEL CONTRATO DE SEGURO DE ASISTENCIA SANITARIA

6.1.- Planteamiento: el seguro de asistencia sanitaria como contrato de consumo

Una segunda forma de acceso a la prestación de servicios sanitarios puede operar de forma indirecta cuando entre prestador y usuario media la intervención de una compañía aseguradora. Se trata de una fórmula de creciente auge en nuestro país, donde los seguros de salud han visto

aumentada su demanda⁷⁴⁶, si bien no son nuevos entre nosotros pues cuentan con una honda tradición histórica⁷⁴⁷.

Los otros dos supuestos ya estudiados (contrato de servicios médicos y contrato total de clínica, con inclusión por tanto de prestaciones clínicas) se caracterizan por la circunstancia de que el usuario concierta directamente con el prestador. No ocurre lo mismo en el seguro de asistencia sanitaria en el que la relación contractual se entabla con el asegurador. En este sentido, esta fórmula de prestación indirecta es incluso más empleada que la anterior, dado que tiene la ventaja de la previsión del gasto. Si acudimos a los modelos contractuales de prestación directa habremos de satisfacer una remuneración por acto médico o proceso de hospitalización que, en el caso de no resultar puntual puede implicar un importante coste económico para el usuario aquí también asegurado-

⁷⁴⁶ Según los datos del barómetro de 2015 ofrecidos por la Fundación IDIS, a nivel general, el 74 % de la población entrevistada contaba con un seguro de salud, alternando el 76% de ellos el seguro privado como la asistencia sanitaria pública a la hora de recibir tratamiento médico (obtenido de la [web https://www.fundacionidis.com/wp-content/informes/informe_barometro_2015_idis.pdf](https://www.fundacionidis.com/wp-content/informes/informe_barometro_2015_idis.pdf), consultado el día 3 de noviembre de 2015). En el caso concreto de Cantabria, el sector privado representa el 50% de los hospitales y el 34% de las camas, habiendo aumentado el número de asegurados desde 2011 en un 0,8% anual, incrementándose las primas un 2,2% (obtenido de la [web https://www.fundacionidis.com/wp-content/doc-informe-ccaa/6-analisis_de_situacion_cantabria.pdf](https://www.fundacionidis.com/wp-content/doc-informe-ccaa/6-analisis_de_situacion_cantabria.pdf), consultado el día 3 de noviembre de 2015).

⁷⁴⁷ El origen o antecedente histórico de los actuales seguros de asistencia sanitaria se sitúa en las “iguales médicas” del siglo XIX y principios del Siglo XX, por las que un profesional de la medicina y, más tarde, un conjunto de profesionales agrupados en una entidad, ofrecían asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica regular a cambio de una cuota periódica conocida como “igualada”. Los médicos y los igualatorios médicos ofrecían la prestación directa de servicios de medicina y cirugía, así como -de manera complementaria- el suministro de fármacos a los suscriptores o “igualados” y a sus familiares, concertándose dicha relación por medio de un contrato de arrendamiento de servicios sanitarios entendidos en sentido amplio sanitaria (cfr. CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2012; p. 4).

aunque no necesariamente en la medida en que puede ocupar la posición de beneficiario-. Queremos en todo caso subrayar que también en el seguro de asistencia sanitaria aparece la función económica consistente en la transferencia del riesgo que no es otro que la pérdida de la salud⁷⁴⁸. En este sentido, su tratamiento aquí resulta de particular interés en la medida en que nos encontramos ante una relación jurídica de consumo doble o, si se prefiere, en la que el asegurado tiene doblemente la condición de consumidor: en cuanto asegurado pero también en cuanto usuario del servicio sanitario, aunque esto último resulta más problemático como luego veremos.

Así las cosas, como primera cuestión que procede plantearse, debemos señalar que el seguro de asistencia sanitaria es un *seguro de personas* que, a diferencia del seguro de daños, tiene por finalidad la cobertura de riesgos relativos al ser humano, en sentido amplio: todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado (artículo 80 LCS)⁷⁴⁹. Con carácter general para todos estos seguros, la Ley contempla dos concretas prescripciones. En primer lugar, que el contrato puede celebrarse con referencia a riesgos relativos a una

⁷⁴⁸ Según sabemos el riesgo es un elemento esencial del contrato ex artículo 4 LCS en cuya virtud, el contrato de seguro será nulo, salvo en los casos previstos por la Ley, si en el momento de su conclusión no existía el riesgo o había ocurrido el siniestro.

⁷⁴⁹ Cfr. DE ANGULO RODRÍGUEZ, Luis “Sobre la regulación de los seguros de personas”, en VV.AA., *“Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino F. Duque Domínguez”*, Vol. II, Universidad de Valladolid/Caja Duero, Valladolid, 1998, pp. 1157-1158; MARCO ARCALÁ, Luis Alberto, *Seguros de personas. Aspectos generales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006; OLIVENCIA RUIZ, Manuel, “Seguro de personas (disposiciones comunes) y seguro reaseguro (Arts. 68 a 79)” en VERDERA Y TUELLS, Evelio (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, 1982, pp. 977-998; RODRÍGUEZ OCAÑA, Pedro M., “Los seguros de personas en la Ley 50/1980, de 8 de octubre de Contrato de Seguro”, en VERDERA Y TUELLS, Evelio (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, 1982, pp. 1025-1036.

persona o a un grupo de ellas, que deberá estar definido por alguna característica común extraña al propósito de asegurarse⁷⁵⁰. La segunda disposición general consiste en que el asegurador, aun después de pagada la indemnización, no podrá subrogarse en los derechos que en su caso correspondan al asegurado contra un tercero como consecuencia del siniestro, en nuestro caso, la pérdida de la salud (artículo 82 LCS)⁷⁵¹.

En segundo término, queremos dejar ya apuntado desde este momento que el contrato de seguro de asistencia sanitaria es un *contrato de consumo*. No obstante su reconocimiento como tal ha sido, de siempre, al menos desde una perspectiva formal, tortuoso. En efecto, las diferentes reformas de la LCS, no han llegado a incorporar de forma expresa al texto legal la noción de consumidor⁷⁵² y su reconocimiento como tal en la normativa de consumo se había hecho siempre con cicatería.

⁷⁵⁰ Así el artículo 81 LCS; Cfr. también. STS de 30 de marzo de 1982, STS de 27 de junio de 1985, STS de 22 de octubre de 1986, STS de 14 de junio de 1994 y STS de 12 de febrero de 1998).

⁷⁵¹ Cabe imaginar el caso de asistencia sanitaria prestada bajo la cobertura del seguro como consecuencia de un accidente de tráfico causado por negligencia de un tercero. Ello constituye una excepción a la regla general del artículo 43 LCS que concede al asegurador, una vez pagada la indemnización, la opción de ejercitar los derechos y las acciones que, por razón del siniestro, correspondieran al asegurado frente las personas responsables, del mismo, hasta el límite de la indemnización. No obstante, debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, la prohibición tradicional de subrogación aplicable a todo tipo de seguro de personas se permite en relación con los gastos de asistencia sanitaria (apartado 2 del artículo 583-3), que se configuran de este modo como excepción de la excepción.

⁷⁵² TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, “La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro” en BATALLER GRAU Juan y VEIGA COPO y Abel B., (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters- Civitas, Cizur Menor, 2014, Westlaw BIB 2013\16047, p. 11, por donde citamos (también publicado en edición impresa, pp. 187-233) explica cómo incluso, en el art. 6 bis LCS, que fue introducido por el art. 2.1 de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados –hoy ya derogada- se realizaba un circunloquio para no usar

No obstante, de acuerdo con el criterio que señala el artículo 59.1 TRLGDCU, no hay duda en que el contrato debe calificarse de consumo. En efecto, el contrato de seguro, con carácter general, podrá ser de consumo o no, dependiendo de si el tomador contratante tiene la condición de empresario. No obstante, entendemos que en este contrato se da la paradoja de que, al asegurarse la salud del beneficiario, aun cuando el tomador tenga la condición de empresario (piénsese en la empresa que concierta una póliza de seguro de asistencia sanitaria para sus trabajadores), al asegurado-beneficiario (necesariamente persona física) habrá de reconocérsele la condición de consumidor, en el sentido que no cabrá negarle los derechos reconocidos en el TRLGDCU por la mera circunstancia de que el tomador sea empresario. Por ello, en este concreto caso, no se cumple *stricto sensu*, la definición del artículo 59.1 TRLGDCU que nos habla de contratos con consumidores y usuarios como “los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario”, pero, aplicando un criterio hermenéutico teleológico – de carácter preferente, sobre los restantes *ex* artículo 3.1 *in fine* CC- y teniendo en cuenta el concepto de consumidor material no hallamos por ello inconveniente alguno en la extensión de los derechos del consumidor a los asegurados de seguros de asistencia sanitaria cuyo tomador resulte ser empresario⁷⁵³.

el término «consumidor» aludiendo a “una persona física que actúe con un propósito ajeno a una actividad comercial o profesional propia”.

⁷⁵³ A nuestro juicio esta extensión subjetiva del estatuto del consumidor deriva adicionalmente de la posibilidad prevista en el artículo 97.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras que permite que las divergencias que puedan surgir entre tomadores de seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras puedan someterse voluntariamente al arbitraje de consumo en los términos de los artículos 57 y 58 TRLGDCU. La interpretación extensiva de la aplicación de los derechos del consumidor al ámbito del contrato de seguro, abarcando no sólo a la figura del tomador sino también a las de asegurado, beneficiario e incluso perjudicado (en el seguro de responsabilidad

De otra parte, su tipificación como contrato de consumo de servicios ha quedado definitivamente resuelta tras su concreta tipificación en el nuevo artículo 59.bis.g) TRLGDCU que define el "servicio financiero" como todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago⁷⁵⁴.

Existían no obstante, otras distintas manifestaciones de su naturaleza. Así, en el artículo 19.4 TRLGDCU, en la redacción dada por la Ley 3/2014, también se cita expresamente a la actividad aseguradora como práctica comercial que debe respetar los legítimos intereses económicos de los consumidores. De hecho, el artículo 31 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en la redacción dada por la Ley 29/2009, contiene un reconocimiento explícito de la condición de consumidor o usuario de todos los sujetos que intervienen al prever como práctica desleal agresiva el "exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten

civil), por encontrarse todos ellos afectados por la normativa aseguradora en situación de debilidad frente al asegurador es defendida, *inter alia*, por TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, "La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro"..., ob.cit. pp. 13-14 y TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *La protección del consumidor de seguros ante el Mercado Único Europeo*, Fuci, Madrid, 1992, pp. 9-11.; CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto, *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997, p. 51; EMBID IRUJO, José Miguel, "La protección del asegurado: su consideración como consumidor", *Derecho de Seguros, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp.13-34; y SOTÉS GARCÍA, Isabel, "La protección al consumidor en el ámbito de los seguros privados", *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 4, 1998, pp. 105-156.

⁷⁵⁴ Precisamente en su condición de servicio financiero se encuentra excluido de la disciplina de contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil [artículo 93.c) TRLGDCU].

del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos”⁷⁵⁵.

No existe por tanto duda alguna de que pese a la ausencia de mención expresa en la LCS el TRLGDCU es aplicable al contrato de seguro en general, y al de asistencia sanitaria en particular, por lo que el asegurado en esta modalidad tiene la condición de consumidor.

6.2.- Seguro de enfermedad y seguro de asistencia sanitaria ¿una única figura o dos diferentes?

6.2.1.- La cuestión en el Derecho comparado

Para dilucidar la naturaleza del seguro de asistencia sanitaria y su eventual distinción del seguro de enfermedad, no podemos acudir al

⁷⁵⁵ TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, “La aplicación de la Ley General de Protección de Consumidores y Usuarios al Contrato de Seguro”..., ob.cit. p. 4, señala que “no existe jurisprudencia aclaratoria sobre este conflicto entre dos leyes generales con especialidad subjetiva” y que “la práctica aseguradora, las condiciones generales de los contratos al uso tampoco se refieren al asegurado como consumidor, ni se encuentra presente en las memorias y estadísticas del sector asegurador español”. No obstante lo anterior, a nuestro juicio, la ausencia de referencia expresa en la LCS en ningún caso debe ser entendida como un supuesto de antinomia que exija solución jurisprudencial en la medida en que la aplicación de ambas normas resulta compatibles debiendo efectuarse la oportuna integración a partir de su aplicación cumulativa. En el caso de suscitarse conflicto normativo entendemos que debe prevalecer el TRLGDCU no sólo por el criterio cronológico (*lex posterior derogat anterior*) sino también por aplicación del principio constitucional del artículo 51 CE en conexión con artículo 53.3 de nuestra Carta Marga. En línea análoga, PAGADOR LÓPEZ, Javier, “La protección del consumidor en el contrato de seguro”, en MIRANDA SERRANO Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier (Dir.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 379, señala que “cuando se trate de contratos de seguro incluidos dentro del ámbito de aplicación de la LCS en los que el adherente –tomador o asegurado– actúe consumidor o usuario, no es dudoso que será de aplicación el TRLGDCU, pero hay que entender que será asimismo aplicable el art. 3, párr. 1º LCS, con la salvedad de que, en caso de resultar más favorable para el adherente consumidor o usuario, resultara aplicable con preferencia el TRLGDCU (arg. ex art. 59.2, párr. 2º TRLGDCU)”.

DCFR que excluyó el contrato de seguro de la regulación del contrato de servicios, género al que en sentido amplio pertenecería, dada su complejidad⁷⁵⁶.

Podemos así examinar la cuestión en el Derecho comparado, donde encontramos que las soluciones a los denominados seguros de salud son heterogéneas, no son unívocas⁷⁵⁷. Así en Francia, a diferencia de la regulación de nuestro país, el Código de Seguros de 1976 (*Code des Assurances*) no contiene mención alguna a los seguros de personas, ni a los seguros de enfermedad. Sin embargo, en la parte administrativa del Código dedicada al control e intervención de las aseguradoras, el art. L.310-1 señala indirectamente como ramos posibles de los seguros de personas, los seguros de enfermedad. Así, se conciben tradicionalmente los seguros de accidentes y de enfermedad (*assurance-maladie*) como una segunda categoría de los seguros de personas (tras el seguro de vida), por entender que cubren riesgos relacionados con la integridad de la persona humana.

Por el contrario, el ordenamiento jurídico italiano sí contempla expresamente la figura del seguro de enfermedad (*assicurazioni malattia*), en

⁷⁵⁶ Así, el artículo IV. C.-1:102 señala “*Exclusions: This Part does not apply to contracts in so far as they are for transport, insurance, the provision of a security or the supply of a financial product or a financial service*”. No se trata, por tanto del único contrato de servicios, en sentido amplio que no se regula en el libro IV del DCFR pues también se excluyen contratos de transporte, constitución de garantías y suministro de productos o servicios financieros. La razón de su exclusión radicaría en que, en unos casos, se rigen por sus propias disposiciones, o, en otros, porque son de naturaleza especializada y están, o es probable que estén, sujetos a normativas comunitarias, con frecuencia normas imperativas proteccionistas de los consumidores (BELUCHE RINCÓN, Iris, “El contrato de servicios. El derecho del cliente a desistir de forma unilateral”..., ob.cit., p.77)

⁷⁵⁷ Cfr. CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*..., ob.cit, pp 34-42.

el *Codice delle Assicurazioni Private*, aprobado por el Decreto-Ley nº 209 de 7 de septiembre de 2005 (artículo 2.3), encuadrándolo, sin embargo, dentro de los ramos de seguros de daños, en el que se identifican como prestaciones propias del asegurador el reembolso de gastos de hospitalización y de asistencia médica, así como la entrega de sumas por días de hospitalización o convalecencia, con motivo de enfermedades o de accidentes. No obstante, en la práctica contractual también suele pactarse ofrecer servicios médicos a través de clínicas o centros concertados con el asegurador, de manera que en el contrato se pacta la sustitución de la prestación de pago o reembolso de gastos médicos por una prestación de servicios.

Más similar a la configuración española es el caso portugués cuya *Lei de Contrato do Seguro* aprobada por el Decreto-Ley nº 72/2008, de 16 de abril regula el “seguro de saúde” dentro de la sección dedicada al seguro de personas, conteniendo una escueta definición como aquel en el que el asegurador cubre los riesgos relacionados con la prestación de cuidados de salud (artículo 213).

En cuanto al Derecho alemán, tras la reforma de la legislación sobre contrato de seguro (*Versicherungsvertragsgesetz- VVG-*) de 23 de noviembre de 2007, regula el seguro privado de enfermedad (*private Krankenversicherung*), concibiendo el seguro de salud como un seguro de costes o gastos médicos derivados de la enfermedad y no de prestaciones. No obstante, el parágrafo 192 VVG diferencia cuatro modalidades de seguro, si bien a efectos de nuestro estudio interesan estas tres⁷⁵⁸: a) el

⁷⁵⁸ Existe al igual que una cuarta modalidad [seguro de asistencia a la dependencia (*Pflegekrankenversicherung*)], por medio del cual, en caso de necesidad de asistencia del asegurado, el asegurador se obliga dentro de los límites del contrato a rembolsar los gastos necesarios para su cuidado. Bajo nuestro punto de vista, no sería propiamente un seguro de enfermedad dado que cubre cuidados y no enfermedad propiamente dicha. Sobre el seguro de

seguro de costes de enfermedad (*Krankheitskostenversicherung*), por el que el asegurador se obliga a cubrir total o parcialmente los gastos necesarios para el tratamiento médico; b) el seguro de pagos por hospitalización (*Krankenhaustagegeldversicherung*) que obliga al asegurador a abonar una suma determinada por los días que el asegurado deba permanecer en una clínica u hospital; y c) el seguro de pagos por enfermedad (*Krankentagegeldversicherung*), que tiene naturaleza salarial, en el que el asegurador se obliga a abonar al asegurado la cantidad prevista en el contrato por cada día para compensar la pérdida de ingresos derivados de bajas por enfermedad o accidentes.

Del resumen expuesto podemos apreciar la heterogeneidad de las soluciones comparadas en materia de seguros de salud que basculan entre su atipicidad jurídico-privada (Francia), su escueta regulación (Portugal) y su disciplina detallada (Alemania). Tampoco es unánime su consideración como seguro de personas o de daños, si bien en la práctica aseguradora de todos ellos se aprecia una clara preferencia normativa por el seguro de enfermedad (con obligación de reembolso a cargo del asegurador) frente al seguro de asistencia sanitaria (con obligación de proporcionar la asistencia sanitaria).

6.2.2.- La cuestión en el Derecho español

salud en Alemania, vid, también ALARCÓN FIDALGO, Joaquín, “El seguro de enfermedad en Alemania”, en *Los seguros de salud en la reforma de la Ley de Contrato de Seguro*, Cuadernos de SEAIDA, nº 6, 2011, pp. 53-61, en particular pp. 53-56.

La disciplina del seguro de asistencia sanitaria se encuentra escuetamente contenida en el artículo 105 LCS que lo regula conjuntamente con el seguro de enfermedad señalando que:

“Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan”.

En este sentido, resulta preciso como primera tarea proceder a determinar si nos encontramos o no ante dos figuras distintas, o si por el contrario se trata de la misma figura con dos modalidades, dado que una y otra figura resultan agrupadas en la Sección cuarta del Título III de la LCS bajo la misma rúbrica (seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria).

Un primer sector doctrinal sostiene que el seguro de asistencia sanitaria se presenta en la LCS como una submodalidad o subespecie del seguro de enfermedad. En este sentido, se sostiene que tanto en un supuesto, esto es, cuando el asegurador resarce al asegurado de los gastos en que ha incurrido, como en el otro, cuando el asegurador abona directamente el costo de la asistencia, el contrato de seguro tiende a cubrir

al asegurado de parte del daño que puede causar en su patrimonio la verificación del siniestro, derivado de la aparición de la enfermedad⁷⁵⁹.

La tesis contraria sostiene que es cierto que ambas modalidades de seguro persiguen una finalidad común: ofrecer cobertura al asegurado frente al riesgo de que tenga que afrontar, por sus propios medios, las consecuencias de la enfermedad o lesión⁷⁶⁰. No obstante, sentada esa coincidencia, el artículo 105 LCS diferencia ambos tipos de seguros, no tanto por el riesgo cubierto, como por la naturaleza de la prestación debida por el asegurador: el “pago de ciertas sumas y de los gastos de asistencia” o “la prestación de servicios médicos y quirúrgicos” de asistencia sanitaria.

Consecuentemente, pese a esta regulación unitaria, ambas figuras son muy diferentes, gozando cada una de ellas de autonomía propia. De este modo, les uniría la cobertura de la salud pero les separaría la prestación e intensidad de la misma. En efecto, el seguro de enfermedad cubre el riesgo de quebranto en la salud, entendido como cualquier alteración física o psíquica del organismo o del cuerpo humano y lo hace a

⁷⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando “Comentario al artículo 105”, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 2690-2692; URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y ALONSO SOTO, Ricardo, “Tipología del seguro”, en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, p.369, explican bajo la rúbrica única de seguro de enfermedad, las posibilidades de prestación del asegurador. También lo defiende DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 140.

⁷⁶⁰ MARTÍN CASALS, Miquel, RIBOT IGUALADA, Jordi y SOLÉ FELIÚ, Josep, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Cuadernos 4 de SEAIDA, Madrid, 2006, p.12.

través de una prestación dineraria mediante el reintegro de los gastos médicos y farmacéuticos. Incluso también puede ser, aparte de un seguro de reembolso de gasto, un seguro de sumas como consecuencia de la producción de determinados eventos, pagándose una cantidad pactada hasta un límite concertado por días o por semanas en función de cómo sea el contenido de la póliza. Habría un común denominador entre ambos seguros que es la incidencia de la enfermedad y de sus consecuencias en la salud del asegurado. Pero, junto con este hilo común, hay diferencias importantes. En el seguro de enfermedad, la prestación sería estrictamente indemnizatoria, mientras que en el seguro de asistencia sanitaria sería asistencial, poniendo los medios necesarios al alcance del enfermo, aunque sea sin asegurar ningún resultado. En este sentido, el seguro de enfermedad se asemejaría al seguro de accidentes con el matiz de que aquél se ocupa de los riesgos internos o endógenos y no los exógenos que se referirían más bien al de accidentes (causa violenta súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal o permanente o muerte, según el artículo 100 LCS)⁷⁶¹. Por el contrario, la prestación del asegurador consiste en asumir directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos. Se señala así que tanto en lo funcional como en el contenido intrínseco del propio contrato de seguro de asistencia sanitaria radica la autonomía y esencialidad de este seguro, con

⁷⁶¹ La diferencia entre uno y otro a veces resulta compleja y exige el oportuno examen pericial. Valga como ejemplo la reciente SAP de Alicante de 21 de enero de 2015 (EDJ 2015/38788 SAP) en el que se estima la apelación de la beneficiaria y se condena a la aseguradora al abono de la indemnización reclamada. La Sala concluye que la parada cardio-respiratoria que ocasionó la muerte del asegurado se produjo después de su caída a una acequia por un resbalón, por lo que cabe concluir la existencia de una causa exógena al asegurado que determina que el suceso deba calificarse como accidente, con independencia de patologías coronarias previas.

plena independencia del seguro de enfermedad, seguro éste de prestaciones monetarias y sumas a tanto alzado⁷⁶².

Se ha argumentado igualmente que el posterior artículo 106 LCS confirma la existencia de dos tipos de seguros diferentes, aunque agrupados en un concepto general-concreto (los seguros de enfermedad) por razón del riesgo asegurado, indicando que los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria quedarán sometidos a las normas contenidas relativas al seguro de accidentes, cuando sean compatibles con este tipo de seguros. De esta manera, estaría dando por supuesto que se trata de seguros diferentes al utilizar el plural en la redacción, limitándose en lo sustancial a intentar suplir la omisión de un régimen jurídico específico

⁷⁶² Cfr. VEIGA COPO, Abel I., *Tratado del contrato de seguro*, Civitas, Cizur Menor, 2009; pp. 840-843. También, en VEIGA COPO, Abel I., "Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?" en ADROHER BIOSCA, Salomé y MONTAVO JÄÄSKELÄNEN, Federico, *Los avances del Derecho ante la Medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p.254 a 256; También defiende esta tesis TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *Los seguros de personas*, T.46, volumen tercero, en OLIVENCIA RUIZ, Manuel; FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p.203 donde explica una interesante, aunque residual diferencia referida a las enfermedades inexistentes. En estos casos, el asegurador de enfermedad no satisfaría prestación alguna mientras que el de asistencia sanitaria habría de abonar el coste del acto médico consistente en la consulta del facultativo que examina al enfermo imaginario. Cfr. también TIRADO SUÁREZ, "¿El seguro de asistencia sanitaria y el seguro de enfermedad son el mismo ramo o son ramos diferentes?", *Actualidad Aseguradora*, 21 de septiembre de 1992, pp. 29-33; TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, "Asistencia sanitaria, un ramo con fuerza propia", *Actualidad Aseguradora*, 7 de marzo de 1994. pp.25-26. También defendida la distinción por LARA GONZÁLEZ, Rafael y SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos "Los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria: responsabilidad de las compañías aseguradoras y potencial limitación contractual de su cuantía" en ALENZA GARCÍA, José Francisco y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, p.376. GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, "Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España", *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 20, 2007, Westlaw BIB 2007\2439, p.3, quien señala que la confusión conceptual se refleja también en la práctica aseguradora.

para los seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria, pero de forma sumamente defectuosa, porque, realmente, las disposiciones sobre seguro de accidentes sólo resultarán aplicables a los seguros de enfermedad en sentido estricto, esto es, como seguros de sumas y/o de reembolso de gastos; difícilmente a los seguros de asistencia sanitaria, que responden a una mecánica aseguradora diferente⁷⁶³.

Bajo nuestro punto de vista, nos encontramos ante dos tipos distintos de seguro que, si bien recaen sobre un mismo riesgo asegurado – la enfermedad entendida en sentido amplio- configuran la prestación del asegurador de forma claramente diferente: se trata de un *dare*, en el caso del seguro de enfermedad, y de un *facere* en el seguro de asistencia sanitaria. En todo caso, jurisprudencialmente también se ha dejado clara la distinción, al menos, desde la perspectiva conceptual⁷⁶⁴.

No obstante, desde la perspectiva de los efectos jurídico-privados de cada tipo, no así los administrativos, el debate tiende a ser más bien nominal y debe relativizarse. Ello se debe fundamentalmente a que la calificación autónoma o no del seguro de asistencia sanitaria carece prácticamente de consecuencias prácticas desde el momento en el que, para ambas modalidades, el artículo 106 LCS remite a la normativa del seguro de accidentes –de forma defectuosa y a veces inaplicable como se ha expuesto-, siendo la única especialidad la derivada del nuevo artículo 106 quáter que exige en los seguros de asistencia sanitaria que las

⁷⁶³ CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, ob.cit., p. 57. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, Madrid, Fundación Mapfre, 2002, p.4, observa cómo el plural es demostrativo de la existencia de dos seguros diferentes.

⁷⁶⁴ Así la STS de 19 de julio de 2013(RJ 2013, 5003) ha señalado que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

entidades aseguradoras garanticen a los asegurados la libertad de elección del prestador del servicio, dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato. Es por ello que la posición que se adopte sobre el particular resulta prácticamente irrelevante desde la perspectiva de su régimen jurídico-privado. Por otra parte, la diferenciación tan tajante entre una y otra modalidad de seguro hace oscurecer los llamados seguros mixtos surgidos en la práctica aseguradora al amparo del artículo 1.255 CC, en los que la póliza permite elegir al asegurado entre el reembolso de gastos o bien la puesta a disposición de los servicios médico-quirúrgicos de la aseguradora, ofreciendo, por ello, las prestaciones de ambos tipos de forma alternativa.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras⁷⁶⁵, en su artículo 6.1.a).2 menciona como ramo del seguro únicamente el de enfermedad declarando de forma expresa que “comprende la asistencia sanitaria y la dependencia”⁷⁶⁶. Sin

⁷⁶⁵ Derogado, con efectos de 1 de enero de 2016, el antiguo Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, con excepción de sus artículos 9, 10 y 24 por lo que se refiere a las mutuas, mutualidades de previsión social y cooperativas de seguros; la disposición adicional sexta; la disposición adicional séptima; y la referencia contenida en la disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo, letra a).8.ª, por la que se mantiene en vigor la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que deben seguir vigentes.

⁷⁶⁶ En el mismo sentido se hacía en la Disposición adicional primera de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, y, más tarde, en el artículo 6.1.a).2 del Texto Refundido de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados aprobado por Real Decreto- legislativo 6/2004 de 29 de octubre. La novedad en la nueva Ley de 2015 radica en incluir, también dentro del seguro de enfermedad, el seguro de dependencia, circunstancia que consideramos incorrecta e incoherente. Incorrecta porque la dependencia no debe en ningún caso asociarse a enfermedad que es sólo una de sus causas

embargo, creemos que no deben confundirse “ramos” del seguro (sólo hay uno, el de enfermedad) con contratos de seguro.

En cualquier caso, se da la paradoja de que allí donde se unifican bajo el manto del ramo único (Ley 20/2015), se establecen diferencias de régimen jurídico-público⁷⁶⁷, mientras que por el contrario donde se consignan separadamente (LCS), se establece una unidad sustancial de régimen jurídico-privado.

Al margen del debate conceptual en el que nos adherimos al criterio dualista de los seguros de salud (un riesgo, dos contratos), lo cierto es que la práctica aseguradora ha superado la clasificación legal de modalidades, como consecuencia de la adopción de seguros mixtos antes señalada, concertados como si de seguros de asistencia “pura” se tratase, y de la oferta de un tipo de seguro de reembolso de gastos por asistencia sanitaria,

[es definida como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”- artículo 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia]. La nueva regulación también es incoherente porque, de optar por incluir el seguro de dependencia –nuevo artículo 106 ter- bajo el mismo manto que el seguro de enfermedad, opción que no compartimos, se debiera haber hecho dentro de la Sección Cuarta del Título III de la LCS –junto con los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria- y no en la Sección Quinta, junto con el seguro de decesos, que no parece precisamente un buen compañero de viaje.

⁷⁶⁷ Así, según el Anexo de la Ley 20/2015 la entidad aseguradora que obtenga una autorización para un riesgo principal perteneciente a un ramo de seguro distinto del de vida o a un grupo de ramos podrá, asimismo, cubrir los riesgos comprendidos en otro ramo sin necesidad de obtener autorización para dichos riesgos, si bien cuando el ramo accesorio sea el 2 (enfermedad), éste no comprenderá prestaciones de asistencia sanitaria. Por otra parte, el artículo 33.1 prevé que en el caso de entidades aseguradoras que únicamente practiquen el seguro de enfermedad otorgando prestaciones de asistencia sanitaria y limiten su actividad a un ámbito territorial con menos de dos millones de habitantes, sea suficiente la mitad del capital o fondo mutual previsto en situaciones ordinarias.

pero que no se contrata como seguro de enfermedad propiamente dicho⁷⁶⁸. Todo ello ha provocado, la aparición de la denominación de “seguros de salud” para referirse a todos ellos, si bien también suele emplearse la denominación de seguro de asistencia sanitaria, que de esta forma ha difuminado extraordinariamente sus límites.

6.3.- Clasificación doctrinal

En este sentido, desde la perspectiva de la práctica aseguradora, resulta más útil al objeto de nuestro estudio, especialmente a efectos de determinación de la responsabilidad de la aseguradora, la siguiente clasificación tripartita⁷⁶⁹:

6.3.1.- Seguros de libre elección o reembolso

En este tipo de seguro, el asegurado elige libremente al prestador de la asistencia sanitaria, sin hallarse sujeto a lista de facultativos alguna. En este caso, el asegurador cubre hasta un capital máximo anual previsto en la póliza y deduce habitualmente unas franquicias previamente pactadas.

⁷⁶⁸ GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, “Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España”..., ob.cit. p.5.

⁷⁶⁹ La tomamos de GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica*..., ob.cit. p. 353, añadiendo precisiones de CARRASCO GONZÁLEZ, María del Carmen, “Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España”, ob.cit. p.5-6, cambiando la denominación que aquél utiliza para la segunda modalidad y eliminado la tercera modalidad a la que se refiere CARRASCO GONZÁLEZ [“seguro clásico de enfermedad (de subsidios e indemnizaciones), que supone la prestación de una suma a tanto alzado (no por reembolso sino por baremo) que cubre el riesgo de enfermedad como riesgo autónomo con independencia de los gastos de su tratamiento”]. La autora también nos brinda otras posibles clasificaciones atendiendo a la tipología del tomador del seguro y a la modalidad de la remuneración del profesional. Respecto de esta última, diferencia entre pago capitativo (retribución fija en función del número de asegurados asignados, dentro de un cuadro médico reducido) y pago por acto médico.

En estos casos coexisten dos contratos. Por una parte, el contrato de seguro por el que la entidad aseguradora se obliga a reembolsar, hasta un límite, los gastos médicos ocasionados por la asistencia sanitaria del asegurado, y el asegurado se obliga al pago de la prima. Por otra un contrato de servicios por el cual el facultativo se obliga a realizar los actos médicos necesarios por el arrendatario-asegurado y éste a pagar los honorarios del facultativo⁷⁷⁰.

Consecuentemente en estos supuestos, no existe ningún tipo de conexión ni vinculación jurídica entre aseguradora y prestador del servicio sanitario, lo que tiene como consecuencia necesaria la ausencia de

⁷⁷⁰ La obligación de pago del arrendatario-asegurado al prestador del servicio y la ausencia de acción del arrendador frente al asegurador resulta expresamente contemplada en la SAP de Madrid de 29 de junio de 2010 que señala lo siguiente: “No se puede poner en tela de juicio que entre el paciente que voluntariamente ingresa en un centro hospitalario para que le dispensen asistencia sanitaria y la sociedad explotadora de ese centro hospitalario en el que queda ingresado y en el que se le dispensa la asistencia sanitaria requerida se concierta un contrato de arrendamiento de servicio, en el que el arrendatario, obligado al pago del precio, es el paciente y arrendador, obligado a prestar la asistencia sanitaria es la sociedad explotadora del hospital. No es de recibo la tesis del demandado, según la cual, la persona que ha prestado el servicio médico y hospitalario, no puede dirigir contra él la demanda, ya que el siniestro (enfermedad), por el que se le reclama, es un riesgo que se encuentra cubierto por un contrato de seguro de personas, en concreto un seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria (artículos 80, 105 y 106 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro). Téngase en cuenta que el arrendador carece de acción directa contra el asegurador, por la prestación de una asistencia médica y hospitalaria al asegurado, cuando ese siniestro fuera un riesgo que estuviera cubierto por un contrato de seguro de personas (art. 80 LCS) y en concreto por un seguro de enfermedad y asistencia sanitaria (arts. 105 y 106 de la LCS). Pues no existe, dentro de la regulación del contrato de seguro de personas, un precepto similar al artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, incardinado en la normativa de los seguros contra daños y más específicamente en el seguro de responsabilidad civil. Pero es que además, aunque se reconociera esa acción directa del arrendador, dispensador de la asistencia médica y hospitalaria, contra el asegurador, frente al arrendador siempre serían responsables el arrendatario-asegurado y el asegurador con carácter solidario, por lo que, en base al artículo 1.144 del Código Civil, el arrendador podría dirigir su acción contra cualquiera de ellos con exclusión del otro”.

responsabilidad de la aseguradora por los daños provocados en el paciente por los actos médicos del prestador, como a continuación veremos.

6.3.2.- Seguros de prestación de servicios médico-quirúrgicos

En este caso el asegurador brinda al asegurado la asistencia sanitaria a través de un cuadro o lista de facultativos, elaborado por aquél y que le es objeto de entrega a éste en el momento de formalizarse el contrato, sin perjuicio de su actualización periódica. Por tanto, en este caso, se integra la función aseguradora con la provisión de servicios, de tal modo que la compañía se obliga con sus asegurados a la prestación de determinados cuidados, según la cobertura de la póliza, y con ello se convierte en organizador y responsable de esa atención sanitaria, aunque eventualmente se contemplen supuestos de reembolso de determinados gastos aparejados al tratamiento. Esta es la forma predominante de funcionamiento del seguro en España a diferencia de lo que sucede en otros países europeos donde es mayoritario el sistema de reintegro o reembolso⁷⁷¹.

Para este tipo de seguros el reciente artículo 106 quáter impone el deber de las entidades aseguradoras de “garantizar a los asegurados la libertad de elección del prestador del servicio, dentro de los límites y condiciones establecidos en el contrato. En estos casos la entidad aseguradora deberá poner a disposición del asegurado, de forma fácilmente accesible, una relación de prestadores de servicios que garantice una efectiva libertad de elección, salvo en aquellos contratos en los que expresamente se prevea un único prestador”. En este sentido, el precepto

⁷⁷¹ Curiosamente, en Estados Unidos sí existe una preferencia por el seguro de prestaciones médico-quirúrgicas, dada la carencia de un sistema público de salud universal. De ahí que el acceso a la asistencia sanitaria se articule a través del seguro de asistencia sanitaria abonando una tasa por servicios médicos (“*fee for-service basic*”).

es bienintencionado pues trata de proteger al asegurado de las prácticas abusivas que suelen producirse, con más habitualidad que la deseable, consistentes en predeterminar de facto por la aseguradora el prestador que atenderá al asegurado. No obstante, echamos de menos la regulación de las consecuencias jurídicas sobre el propio contrato en caso de incumplimiento.

6.3.3.- Seguros mixtos

En esta modalidad, nacida de la autonomía privada reconocida a los particulares para la creación de figuras contractuales, como se ha comentado, concurren alternativamente las dos opciones anteriores de modo que pueden ofrecer el reembolso de las cantidades pagadas en la asistencia sanitaria, previa deducción de la franquicia pactada -cuando el asegurado elija libremente el prestador del servicio sanitario- o también el abono íntegro de la asistencia sin aplicación de franquicia- cuando el asegurado es asistido por personal sanitario incluido en el cuadro médico del asegurador-.

6.4.- Regulación del seguro de asistencia sanitaria en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil

La nueva regulación contenida en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil parece que viene a acoger la solución de regulación de un único tipo. En efecto, el Anteproyecto, si bien en líneas generales es conservador con la regulación que se hace del contrato de seguro respecto de la disciplina de la LCS, contiene dos novedades importantes⁷⁷². En

⁷⁷² FUENTES GÓMEZ, Julio C., “La regulación de los contratos de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 577, pp. 561-579, califica la

primer término recoge un nuevo seguro de enfermedad bajo la misma sección que la dedicada al seguro de accidentes, de modo que parece configurarse como una modalidad del mismo⁷⁷³. En segundo término, suprime del título la mención al seguro de asistencia sanitaria y unifica ambas modalidades bajo una misma rúbrica titulada “seguro de enfermedad”. En este sentido, el apartado 1 del artículo 583-28 efectúa una definición amplia del seguro señalando:

“Por el seguro de enfermedad el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en este título y en [el] contrato, a reparar las consecuencias económicas producidas por la enfermedad del asegurado”.

En todo caso, y con el máximo de los respetos que la autoridad académica de sus autores impone, nos atrevemos a sugerir que, desde el momento en que el seguro de enfermedad pasa a constituir una modalidad más del genérico grupo de seguro de accidentes atendiendo a su ubicación sistemática, hubiera sido deseable ampliar el concepto de este último que sigue siendo coincidente con el previsto en el artículo 100 LCS. En este sentido, el artículo 583-23 determina que “por el seguro de accidentes, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el

nueva regulación de “depuración de técnica normativa” en relación con disciplina de la LCS. Cfr. también, TAPIA HERMIDA, Alberto Javier “Los seguros de personas en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014”, VV.AA., en VV.AA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1850-1866.

⁷⁷³ El seguro de accidentes se define en el apartado 1 del artículo 583-23 como aquél por el que “el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la ley y en el contrato, a indemnizar, mediante el pago de una suma determinada, los daños producidos por una lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez, temporal o permanente, total o parcial, o muerte”.

contrato, a indemnizar, mediante el pago de una suma determinada, los daños producidos por una lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez, temporal o permanente, total o parcial, o muerte”. Se refiere por ello, en idénticos términos que su vigente precepto homólogo a causas exógenas (“causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado”) de las que no participa necesariamente el seguro de enfermedad.

Por otra parte, el contenido de la prestación del asegurador se configura ampliamente, pudiendo consistir: a) en el reembolso al asegurado de los gastos derivados de la asistencia sanitaria o el abono de una indemnización a tanto alzado en el caso de que se produzca la invalidez, temporal o permanente del asegurado como consecuencia de la enfermedad, o en caso de hospitalización u otras contingencias pactadas en el póliza relativas a la salud del asegurado; b) en garantizar al asegurado la recepción de asistencia sanitaria, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su coste o c) en pagar directamente sus servicios a los prestadores sanitarios cuya atención se ofrezca en la póliza.

Nótese como se ofrecen tres alternativas: pago al asegurado (reembolso o indemnización a tanto alzado); pago al prestador o garantía de la recepción del servicio, sustituyéndose así la problemática expresión de prestar “directamente” los servicios médicos y quirúrgicos.

Asimismo, como regla de cautela frente a los abusos, se prevé que cuando el seguro de enfermedad garantice la recepción de asistencia sanitaria (opción b de las antes enunciadas), no podrán aplicarse exclusiones temporales o plazos de carencia para aquellas actuaciones

sanitarias comprendidas en el objeto y límites del contrato que, por su urgencia y gravedad, el asegurado precise con carácter inmediato. Por lo demás, el artículo 583-29 del Anteproyecto remite tal y como hace el artículo 106 LCS a las normas establecidas para el seguro de accidentes en cuanto sean compatibles con aquél⁷⁷⁴.

6.5.- Responsabilidad de la aseguradora por daños causados al usuario-asegurado en los seguros de libre elección o reembolso.

A la hora de determinar la responsabilidad de la aseguradora frente al paciente, resulta fundamental la clasificación antes propuesta que hace variar el régimen de responsabilidad de la aseguradora⁷⁷⁵. Así, en los seguros de libre elección, en los que, por definición, la aseguradora carece de un cuadro facultativo propio, no existe responsabilidad de la compañía por los eventuales daños físicos que se irroguen al usuario como consecuencia de la actividad médica desplegada. Ninguna conexión existe

⁷⁷⁴ La previsión es en cierto modo ociosa desde el momento en que el contrato de seguro de enfermedad se ubica sistemáticamente dentro del seguro de accidentes por lo que parece responder más bien a la inercia derivada de su correlato de la LCS.

⁷⁷⁵ Sobre responsabilidad de las aseguradoras de asistencia sanitaria puede consultarse, con carácter general, MARTÍN CASALS, Miquel, "Líneas generales sobre la responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas", *Revista Española de Seguros*, 2006, nº 128, pp. 803-837; MARTÍN CASALS, Miquel, RIBOT IGUALADA, Jordi y SOLÉ FELIÚ, Josep, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Cuadernos 4 de SEAIDA, Madrid, 2006; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo "La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria", *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, nº 282, pp. 57-98; VÁZQUEZ DE PADURA, Mercedes, "La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria", en *Revista Española de Seguros*, 2006, nº 128, pp. 845-852; LÓPEZ QUIROGA, Julio; SAN PEDRO MARTÍNEZ, Guillermo, y QUIRÓS DE SAS, Antonio, "La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria", en *Revista Española de Seguros*, nº 128, 2006, pp. 867-878.

entre aseguradora y prestador del servicio por lo que no cabe imputar a aquella la actuación de este último⁷⁷⁶.

En este sentido, resulta ilustrativa la STS de 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7141) en la que se demanda a una aseguradora por una secuela de hipoacusia que se originó con ocasión de la atención al parto causada por una meningitis bacteriana contagiada al aplicarle a la gestante la anestesia epidural sin las debidas condiciones higiénicas. La sentencia deja claro que ante la ausencia de relación jurídica entre el profesional y la aseguradora que justificase su intervención como anestesista para la concreta atención al parto no procede imputar el daño a esta última. Se trataba de facultativos contratados y pagados directamente por la paciente, sin que el posterior reembolso del gasto altere esta relación convirtiendo el contrato de seguro de reembolso de gastos sanitarios en uno de prestación de servicios asistenciales o de asistencia médica⁷⁷⁷. Así se señala textualmente que:

“En el caso, los hechos probados de la sentencia ponen de relieve que entre el codemandado y ADESLAS no existía ninguna relación jurídica que justificase su intervención como anestesista para la concreta atención al parto dirigido por el Dr. Eutimio. Los facultativos fueron contratados y pagados directamente por la paciente, sin que el posterior reembolso del gasto altere esta relación convirtiendo el contrato de

⁷⁷⁶ Por todos, GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica...*, ob.cit. p.353; VEIGA COPO, Abel I., “Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?”...,ob.cit., p.257.

⁷⁷⁷ Un caso equivalente en el que no existía relación alguna entre el facultativo y la aseguradora es el resuelto en la STS de 23 marzo de 1993 (RJ 1993, 254).

seguro de reembolso de gastos sanitarios en uno de prestación de servicios asistenciales o de asistencia médica.

Lo único a lo que se comprometió ADESLAS es al reembolso de los gastos asistenciales, no concertados, en que incurriese la demandante, y es evidente en la modalidad de provisión de la asistencia sanitaria cubierta por la póliza no estaba concertado el Dr. Eutimio para la realización del parto puesto que el mismo se llevó a cabo a partir de una contratación directa de los facultativos por la actora, lo que pone de manifiesto que la asistencia médica quedaba fuera de la organización de los medios asistenciales prestados por la citada entidad para que la provisión del servicio de salud fuera posible, garantizando la disponibilidad de los profesionales y centros hospitalarios correspondientes, pero sin conexión alguna ni con los facultativos ni con el Centro en que se llevó a cabo el parto, que le haga responder de la negligencia o impericia de los mismos, en aplicación del artículo 1101 del Código Civil , por otra parte inexistente pues ninguna infracción de la *lex artis* se ha imputado a los facultativos”.

Si existe seguro de libre elección o reembolso en la medida en que la aseguradora no presta asistencia sanitaria a través de su propio cuadro de facultativos suele ser frecuente cuando la asistencia sanitaria requiera hospitalización que se den hasta tres contratos con el paciente: contrato de servicios médicos con el facultativo -que articula la prestación de servicios médicos-, contrato básico de clínica con el hospital -que tiene por objeto las prestaciones extramédicas y paramédicas- y contrato de seguro con la compañía aseguradora – que asume la prestación de reembolso-. En estos

casos, nos encontramos en definitiva ante un paciente triplemente consumidor⁷⁷⁸.

6.6.- Responsabilidad de la aseguradora por daños causados al usuario-asegurado en los seguros de prestación de servicios médico-quirúrgicos.

6.6.1.- Criterios de imputación

Con carácter previo, para determinar la cuestión de la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria mediante la prestación de servicios médico-quirúrgicos debemos hacer referencia al alcance de su obligación contractual. En este sentido, la prestación del asegurador consiste en prestar una seguridad o garantía, concebida como obligación de resultado. Como sabemos, en este tipo de seguro prestacional la aseguradora, de acuerdo con el artículo 105 LCS “asume directamente” la prestación de los servicios: no reembolsa, sino que pone los medios necesarios para procurar la asistencia sanitaria en toda su extensión. Pero esa asunción directa debe interpretarse en sentido amplio: la actividad de la aseguradora se concreta en garantizar el acceso a la prestación de modo que su actividad empresarial consiste en organizar, coordinar y supervisar los servicios a los asegurados, bien directamente (por sus propios medios, es decir, a través de facultativos y centros integrados en su estructura empresarial) o bien indirectamente (recurriendo a facultativos y centros independientes concertados previamente mediante un contrato de arrendamiento de servicios),

⁷⁷⁸ Es el caso de la conocida STS de 23 de marzo de 1993 en la que la compañía aseguradora no tenía cuadro médico propio. Sobre la sentencia, *vid.* el comentario de DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica”, *Derecho y Salud*, nº 1, julio-diciembre 1993, pp. 19-37.

asumiendo en todo caso su coste. En definitiva, la asunción directa de la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos debe interpretarse en el sentido de que el asegurador asume la cobertura de prestación de esos servicios sanitarios, no que los tenga que prestar necesariamente directa y materialmente⁷⁷⁹.

Sentado lo anterior, cabe señalar que la jurisprudencia se ha mostrado vacilante a la hora de determinar los criterios de exigencia de responsabilidad de la aseguradora, habiendo optado por diferentes soluciones, en muchos casos guiada por un principio de justicia material en favor del asegurado-consumidor⁷⁸⁰, circunstancia que ha originado una sensación de desconcierto que ha sido criticada por la doctrina⁷⁸¹. En todo

⁷⁷⁹ VEIGA COPO, Abel I., “Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?”..., ob.cit., p.256-257; CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, ob.cit., pp. 108-111; SÁNCHEZ CALERO, Fernando “Comentario al artículo 105”..., ob.cit. 2703; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, *El seguro de asistencia sanitaria...*, ob.cit., p. 84; y MARTÍN CASALS, Miquel; RIBOT IGUALADA, Jordi y SOLÉ FELIÚ, Josep, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, ob. cit., p. 3. Por el contrario, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, “¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?”, *Revista Española de Seguros*, nº 129-130, 2007, p. 21, sostiene que la aseguradora de asistencia sanitaria confiere o asigna su deber de prestación delegándola a un tercero, pero la prestación como tal incumbe a la propia aseguradora.

⁷⁸⁰ Así, CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria...*, ob.cit., p.150 señala que en la doctrina del Tribunal Supremo, “se respira con fuerza un claro sentimiento o intención pro consumatore, dada la importancia de los intereses presentes en la relación contractual del seguro de asistencia sanitaria y ante la insuficiencia, en muchas ocasiones, de las pólizas de responsabilidad civil obligatorias de los profesionales y centros sanitarios para satisfacer las indemnizaciones correspondientes a una mala praxis profesional. Esto es, la defensa del usuario de seguros (“in dubio pro asegurado”) se convierte en muchas ocasiones en elemento determinante de la doctrina jurisprudencial, condicionando en exceso la decisión sobre el contenido y alcance que debe atribuirse a la prestación del asegurador de asistencia sanitaria”.

⁷⁸¹ Extraordinariamente crítico VEIGA COPO, Abel I., “Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad

caso, para definir los criterios jurisprudenciales de imputación del Tribunal Supremo seguiremos la estela de la importantísima STS de 4 de diciembre de 2007 (2008, 251), referente en esta materia⁷⁸², que resulta especialmente exhaustiva, sin duda consciente de la necesidad de proporcionar una cierta seguridad jurídica en este tipo de pleitos en los que se venía condenando a las aseguradoras de asistencia sanitaria bajo distintos argumentos⁷⁸³. En este sentido, cabe sistematizar los criterios de imputación del modo y bajo los epígrafes que a continuación siguen, teniendo en cuenta que la concurrencia de los mismos, alternativa o combinadamente y en atención a las circunstancias de cada caso, puede dar lugar a la responsabilidad de la aseguradora de la asistencia sanitaria.

6.6.2.- Criterio de la dependencia (responsabilidad por hecho ajeno)

El título que habitualmente se ha invocado ha sido el de la responsabilidad por hecho de otro dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 CC. No obstante, este título ofrece la dificultad de conciliarlo con la naturaleza contractual que reviste la relación del asegurado con la aseguradora, la cual ha sido salvada, implícita o explícitamente, mediante la doctrina de la llamada unidad de la culpa civil o mediante la aplicación analógica de

civil?"..., ob.cit., p.258, señalando que "depurar la responsabilidad o responsabilidades de médicos y personal sanitario [es] el verdadero caballo de batalla de este seguro. Una batalla donde los giros doctrinales pero sobre todo, jurisprudenciales han sido manifiestos, incluso diríamos que copernicanos".

⁷⁸² Su doctrina se reitera de manera forma casi mimética en otras resoluciones posteriores, como la STS de 4 de junio de 2009 (RJ 2009, 3380), la STS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010/ 208802) o la STS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784).

⁷⁸³ De hecho la propia sentencia reconoce que "doctrinalmente se ha afirmado que la jurisprudencia de esta Sala imputa automáticamente responsabilidad a las entidades aseguradoras de la asistencia médica".

normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual a la contractual⁷⁸⁴.

Respecto a la situación de dependencia deben diferenciarse dos situaciones posibles en la naturaleza jurídica del vínculo entre la compañía aseguradora y sus facultativos: una relación laboral en virtud de un contrato de trabajo; o bien una relación mercantil en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios, como más arriba ya se ha señalado. En este sentido, la existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos casos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia médica es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios, según la califica habitualmente la jurisprudencia. En este sentido, existen algunas sentencias de esta Sala que han fundado la dependencia en la existencia de este tipo de relación⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Tal fue el caso de la STS de 2 noviembre de 1999 (RJ 1999, 7998) en el que se ventilan unos daños sufridos por un asegurado durante una intervención de cataratas, señalando que “entre «Adeslas, SA» y el médico medió vínculo contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios y si bien el mismo no crea propia relación jerárquica, sí genera la contractual correspondiente a este contrato y así lo ha establecido la Sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 1990 (RJ 1990\677), la que resulta incrementada por la especialidad que supone la prestación de servicios facultativos a fin de procurar la mejora de la salud de las personas aseguradas mediante la correspondiente póliza. Dicha responsabilidad convive con la también contractual entre aseguradora y asegurado y obliga a aquélla a prestar la asistencia no sólo correspondiente al padecimiento de cada enfermo, sino la más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado y que se pone al servicio del cliente, el que resulta defraudado si la asistencia recibida resulta incorrecta y como sucede en este caso con graves consecuencias en su salud, derivadas de la actuación carente de la diligencia y pericia debida del facultativo”.

⁷⁸⁵ STS de 12 febrero 1990 (RJ 1990, 677) que fue la primera resolución judicial en la que del Tribunal Supremo que abordó la cuestión de la responsabilidad del asegurador de asistencia sanitaria por los errores o negligencias médicas-sanitarias de centros y facultativos incluidos en su cuadro médico. En el supuesto de hecho, se interpuso demanda contra el médico que practicó una intervención quirúrgica que produjo parálisis facial a

Para llegar a esta conclusión debe salvarse el escollo de que el médico es un profesional independiente, el cual, en principio, responde por sí mismo -siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario-; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad-, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional como la culpa *in eligendo*⁷⁸⁶. Otras no consideran probada la relación de dependencia en un caso de asistencia del asegurado en un centro concertado con la aseguradora⁷⁸⁷. Se trata pues de un criterio, el de la dependencia, aplicado

una menor de 14 años, demandando también a las entidades aseguradoras. También puede verse, la STS de 10 noviembre de 1999 (RJ 1999, 8057)-de la misma fecha pero diferente de la citada en nota anterior- que amplía el concepto de dependencia -que permite aplicar la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno del artículo 1903 CC- a la relación de arrendamiento de servicios entre asegurador y facultativo. Así, la resolución destaca que “entre Mutua Vizcaya Industrial y el médico medió conexión contractual, correspondiente a arrendamiento de servicios, y si bien la misma no crea propia relación jerárquica, sí genera la contractual relativa a dicho contrato”.

⁷⁸⁶ Así, la antecitada STS de 10 noviembre de 1999 (RJ 1999, 8057) parece apuntar a la elección directa del médico por la aseguradora, al afirmar que “la resolución recurrida no ha tenido en cuenta que el facultativo demandado no pertenecía a la plantilla de médicos adscritos a la recurrente”. Así la STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007, 8253) se refiere a “la [asistencia] más segura y eficaz que alcanza a la elección del facultativo adecuado y que se pone al servicio del cliente, el que resulta defraudado si la asistencia recibida resulta incorrecta y, como sucede en este caso, con graves consecuencias en su salud, derivadas de la actuación carente de la diligencia y pericia debida del facultativo que practicó la intervención; lo que acredita una actuación de la recurrente carente de cuidado, celo y atención”. Sobre esta sentencia, *vid.* BELLO JANEIRO, Domingo, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 77, 2008, nº 2051, pp. 831-851.

⁷⁸⁷ STS de 27 septiembre de 1994 (RJ 1994, 7307) que exime de responsabilidad a la aseguradora señalando que “no se ha demostrado relación alguna de dependencia de los facultativos que intervinieron al menor respecto de «ASISA»; los que sí en cambio están adscritos a la Clínica de Cruz Roja Española, como dependientes de la misma”.

y entendido en sentido amplio y comprensivo tanto de la relación laboral como de arrendamiento de servicios⁷⁸⁸.

6.6.3.- Criterio de la naturaleza contractual de la prestación (responsabilidad contractual)

Dicho criterio resultaría subsidiario del anterior de modo que operaría cuando el criterio de la dependencia se revela como insuficiente. En estos casos, la jurisprudencia ha puesto el acento en la naturaleza contractual de la responsabilidad que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica. Este criterio, en puridad, embebe el anterior. Las consideraciones para su aplicación se basan normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica⁷⁸⁹. Esta orientación jurisprudencial tendría su apoyo en un fundamento histórico y otro normativo. El primero descansaría en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e iguales no existía separación entre la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica. Desde el punto de vista normativo, el artículo 105 LCS establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que “el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos”.

Dado que la aseguradora, en la modalidad llamada de reembolso, puede obligarse únicamente “al pago de ciertas sumas y de los gastos de

⁷⁸⁸ Ha sido aplicado también en STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238), STS de 21 de junio de 2006 (2006, 3080), STS de 4 noviembre de 2010 (RJ 2010, 7988); STS 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784); STS 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5003).

⁷⁸⁹ SSTs de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066) y STS de 17 noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238).

asistencia médica y farmacéutica” (artículo 105 LCS, inciso primero), la asunción de la prestación de servicios médicos por la aseguradora no puede inferirse de la mera existencia del aseguramiento, sino que, por lo general, para estimarla existente, la jurisprudencia se funda en la interpretación de la póliza del seguro. Por otra parte, el ámbito de la responsabilidad de la entidad aseguradora se produce con el límite de lo pactado y el empleo de un auxiliar en el cumplimiento no altera el ámbito de la responsabilidad contractual⁷⁹⁰. Por todo ello, el criterio expuesto descansa en la responsabilidad contractual de la entidad aseguradora por la defectuosa prestación del servicio por parte de los centros y profesionales concertados⁷⁹¹, llegándose incluso a aplicar esta doctrina a un seguro de naturaleza mixta, estando la prestación que originó los daños bajo la cobertura del seguro de asistencia sanitaria⁷⁹²

6.6.4.- Criterio de la apariencia (responsabilidad por garantía)

En otras ocasiones, el deber de prestación se infiere de la forma de actuación de los facultativos, en virtud del principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato, con arreglo a la legislación de consumidores (artículo 61.2 TRLGDCU- anterior artículo 8 LGDCU de 1984), en virtud de los cuales se contrata en atención a la garantía de la calidad de los servicios que

⁷⁹⁰ Por dicho motivo, la STS de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4724) excluye la responsabilidad de la aseguradora fundándose en que la amniocentesis no estaba cubierta por la póliza, aun cuando fue autorizada por un médico del cuadro clínico.

⁷⁹¹ Han aplicado este criterio, la STS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066), la STS de 17 noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238) y STS de 18 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4724). También la propia STS de 4 de diciembre de 2007 (2008, 251), que es la que sistematiza la dispersa doctrina previa del tribunal, aplica el criterio de la naturaleza contractual.

⁷⁹² STS 24 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6539).

representa el prestigio de la compañía⁷⁹³ y también en la garantía de una correcta atención al enfermo⁷⁹⁴. Incluso en ocasiones se apela a la garantía de calidad con la finalidad de atraer a la clientela⁷⁹⁵

En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación.

⁷⁹³ La STS de 2 noviembre de 1999 (RJ 1999, 7998) señala que “si bien entre la aseguradora y el médico no existía relación jerárquica normal, sí se producía materialmente aunque no se extendiera al propio acto médico. El seguro se contrató en atención a la «garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía», con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial”.

⁷⁹⁴ En la STS de 4 de octubre de 2004 (RJ 2004, 6066) se condena a una aseguradora por las deficiencias crónicas sufridas por una menor, a consecuencia de una parálisis cerebral mixta originada por falta de oxigenación y sufrimiento fetal en el período de tiempo comprendido entre la rotura de aguas meconiales y el parto. Para ello la sentencia tiene en cuenta que la aseguradora “promocionaba sus servicios, no sólo destacando las ventajas de los mismos (la elección de médico de entre los incluidos en su lista y el pago por su parte de cada acto asistencial), sino también garantizando expresamente una correcta atención al enfermo. Prestación de garantía incluida en la oferta de contrato y, al fin, en la reglamentación negocial, de acuerdo con las normas de protección de los consumidores, que resultó incumplida”.

⁷⁹⁵ Como señala la STS 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784), con ocasión de un caso de intervención quirúrgica a resultas de la cual el paciente quedó afectado de una tetraplejía con paresia severa de ambas extremidades inferiores con condena a la aseguradora, “la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora dentro de los que pone a su disposición, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica o sanitaria”. Sobre la sentencia, vid., el comentario de PANIZA FULLANA, Antonia “Las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria ante la falta de diligencia del médico por omisión de información (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2012, BIB 2012\918, pp. 1-15.

La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. Así, el criterio de la apariencia se ha empleado combinadamente con el de dependencia⁷⁹⁶

Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual⁷⁹⁷, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual. Por último, cabe señalar que, en ocasiones, el criterio de la apariencia ha aparecido yuxtapuesto y combinado con el de la dependencia⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Cabe traer a colación la STS 4 de junio de 2009 (RJ 2009, 3380) que declara la responsabilidad de una aseguradora por actuación negligente de quienes, mediante la administración de un medicamento causaron a la hija de los actores, nacida 24 horas antes, graves daños cerebrales que determinaron su fallecimiento. Además de aplicar el criterio de la dependencia -por existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada, indirecta por razón del concierto con la clínica donde dicha señora presta sus servicios-, la sentencia invoca el criterio de la apariencia al declarar “[la] responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad”.

⁷⁹⁷ A nuestro juicio existe un argumento adicional: al encontrarnos ante un supuesto de integración de la publicidad en el contenido del contrato, en aplicación del artículo 61.2 TRLGDCU (anterior artículo 8 LGDCU de 1984), en puridad la responsabilidad tiene carácter contractual.

⁷⁹⁸ Así la STS 4 de junio de 2009 (RJ 2009, 3380) que declara la responsabilidad de una aseguradora por actuación negligente de quienes, mediante la administración de un medicamento causaron a la hija de los actores, nacida 24 horas antes, graves daños cerebrales que determinaron su fallecimiento. Además de aplicar el criterio de la dependencia -por existencia de una relación de dependencia entre la sociedad de seguros y la enfermera demandada, indirecta por razón del concierto con la clínica donde dicha señora presta sus servicios-, la sentencia invoca el criterio de la apariencia al declarar

6.6.5.- Criterio de la intervención en la elección (responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in operando*)

La actuación de los médicos como auxiliares de la aseguradora en el ámbito de la prestación contractualmente convenida por ésta se infiere también por la jurisprudencia, en ocasiones, de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación. Puede hablarse también, en estos casos, en el marco del criterio de la dependencia, de culpa *in eligendo* o *in operando*⁷⁹⁹. En efecto, este cuarto criterio de imputación puede concebirse como autónomo o bien incardinarse dentro del criterio de dependencia.

Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia jurisprudencial a las disposiciones del Código Civil reguladoras de la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la responsabilidad extracontractual.

Cabría sostener que la simple inclusión de un médico en el cuadro sanitario de una compañía no es suficiente para entender que ésta ha procedido a la elección del facultativo, que ha impuesto al asegurado acudir a él, o que ha asumido una obligación de garantía de la calidad de la prestación, puesto que dicha oferta parece compatible con la libertad de

“[la] responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad”.

⁷⁹⁹ La STS de 2 noviembre de 1999 (RJ 1999, 7998) contempla la culpa *in operando* de la aseguradora, al declarar que “[...] los órganos directivos superiores de 'Esfera Médica, SA' (hoy 'Adeslas, SA'), tuvieron conocimiento del alcance de la gravedad de la operación y autorizaron y recomendaron expresamente al doctor codemandado para su asistencia al actor”.

elección del médico. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, suele considerar suficiente la inclusión del facultativo en el cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de ésta derivada de la culpa *in eligendo*⁸⁰⁰. En todo caso, deberá estarse al examen de las circunstancias de cada caso concreto para concretar si la inclusión en el cuadro médico comporta el establecimiento de una relación de dependencia o el auxilio contractual con la aseguradora.

6.6.6.- Criterio de la relación jurídica de consumo (responsabilidad por aplicación de la normativa de defensa de los consumidores)

Como posteriormente veremos en el capítulo dedicado a la responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios, el TRLGDCU contiene dos reglas en materia de responsabilidad en las relaciones jurídicas con los consumidores. De una parte, de acuerdo con el artículo 147 TRLGDCU (antiguo artículo 26 LGDCU de 1984), se establece la responsabilidad de los prestadores de servicios por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio. Por otro lado, el artículo 148 TRLGDCU (antiguo artículo 28 LGDCU de 1984) declara la responsabilidad, con el límite de 3.005.060,52 euros, por los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan

⁸⁰⁰ STS de 21 junio de 2006 (RJ 2006, 3080)

controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios

Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afectaría a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc* [reglas de la profesión según las circunstancias del caso]. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha⁸⁰¹

Por lo demás, este criterio resulta auxiliar para la jurisprudencia⁸⁰², pues en el caso de que la aseguradora contractualmente haya asumido la prestación médica, o su responsabilidad dimanase de los demás criterios de imputación señalados, su responsabilidad dependerá de la existencia o no de responsabilidad médica con arreglo a los criterios subjetivos u objetivos mediante los cuales debe apreciarse la existencia de este tipo de responsabilidad médica o sanitaria. En la mayoría de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo la cita de la legislación de defensa de los consumidores, en consonancia con estos principios, se ofrece como un argumento auxiliar⁸⁰³.

⁸⁰¹ STS de 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 541), STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1668), STS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 7238), STS de 5 de enero de 2007 (RJ 2007, 552) y STS de 26 de abril de 2007 (RJ 2007, 3176).

⁸⁰² Aunque la STS de 4 de diciembre de 2007 lo llega a calificar de irrelevante.

⁸⁰³ Así en la STS de 19 junio de 2001 (RJ 2001, 4974), en la que se asocia a la apreciación de que la aseguradora asumió la efectiva prestación de la asistencia. En esta sentencia, en la que se solicita indemnización por una lesión provocada por un pinzamiento del nervio radial durante una intervención

6.6.7.- La acción de regreso de la aseguradora frente a los facultativos de su cuadro médico: solidaridad impropia.

Cabe señalar que si la aseguradora satisface la indemnización por daños puede repetir en vía de regreso frente a los facultativos de su propio cuadro médico. En este sentido no debe confundirse la solidaridad en las relaciones externas (paciente frente a eventuales causantes del daño) con el régimen de distribución de la cuantía abonada en concepto de indemnización en las relaciones internas entre los deudores solidarios. Esta cuestión ha sido recientemente abordada en la importante STS de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015, 836) que sienta la regla de la solidaridad impropia, figura de creación jurisprudencial que cabe entender como solidaridad en las relaciones externas y mancomunidad en las internas⁸⁰⁴. Así las cosas, considera que el pago del asegurador por el total de la

quirúrgica, se dió un paso importante en la aplicación del principio *pro consumatore* aplicando directamente la responsabilidad objetiva prevista en el art. 28.2 LGDCU de 1984 (actual art. 148 II TRLGDCU) para los “servicios sanitarios” a las entidades de asistencia sanitaria por errores y negligencias de su cuadro médico. En todo caso, el criterio se utilizó con carácter auxiliar o complementario, pues esta resolución ya había imputado responsabilidad contractual a la aseguradora por la frustración de la seguridad esperada en la prestación de los servicios sanitarios.

⁸⁰⁴ Como señala ÁLVAREZ OLALLA “En realidad, en estos supuestos de responsabilidad médica prestada por los facultativos de un cuadro médico en el entorno de un contrato de prestación de asistencia sanitaria suscrito con una aseguradora, aunque las sentencias del primer pleito condenen a abonar la indemnización frente a la víctima, tanto a los facultativos como a la aseguradora, de forma *solidaria*, no estamos propiamente ante un supuesto de responsabilidad solidaria, ni siquiera ante un supuesto de los denominados de *solidaridad impropia*. El ámbito de aplicación propio de esta figura, también conocida como obligación *in solidum* se produce cuando existe algún grado de incertidumbre causal concurriendo varios responsables como causantes materiales de un daño” [ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, “Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015, 836)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº5, 2015, Westlaw BIB 2015\2280, pp.1-10].

indemnización al paciente víctima, en su condición de responsable solidario frente al mismo, no impide que en el ejercicio de la acción de regreso posterior, pueda distribuirse la cuantía de forma mancomunada. Por ello, frente a la tesis de la sentencia recurrida -que responsabiliza a la aseguradora por hecho propio por lo que debería asumir la tercera parte de la indemnización en las relaciones internas-, el Alto Tribunal considera que la aseguradora sólo es responsable por hecho ajeno *ex* artículo 1.902 CC, en el caso de autos, por culpa *in eligendo*. De ahí, que la acción de regreso frente a los facultativos que participaron en el tratamiento y cirugía de la paciente fallecida y contra la aseguradora de la responsabilidad civil de éstos, debe extenderse a la totalidad de la indemnización.⁸⁰⁵

En este sentido, la solidaridad impropia constituye un claro beneficio social del paciente perjudicado y resulta plenamente razonable en supuestos en los que existe una importante dificultad de establecer cuotas ideales de responsabilidad entre los agentes productores del daño, como suele suceder en el ámbito del daño asistencial. De esta forma, se protege el interés de paciente-acreedor, lo que no excluye que, en vía de

⁸⁰⁵ En palabras del Tribunal: “Sin modificar esta base fáctica es posible obtener conclusiones jurídicas distintas de las de la sentencia [recurrida]; sentencia que confunde la relación de todos los condenados con la víctima y la de los deudores solidarios entre sí. Lo que la sentencia está aplicando, aun sin citar los artículos que dan cobertura jurídica a su afirmación, no es la responsabilidad civil directa del artículo 1902, por posibles defectos asistenciales directamente imputables a la aseguradora sanitaria (el único reproche es el de un incumplimiento meramente contractual frente a su asegurada fallecida), sino la responsabilidad del artículo 1903, por culpa «in vigilando» «in eligendo», puesto que no es ella quien origina el daño, sino los facultativos de su cuadro médico, y ello le autoriza a ejercitar frente a los mismos el derecho de repetición del artículo 1904 pues tanto la responsabilidad civil derivada de su elección, como la que resulta del contrato de seguro, sería aplicable frente al asegurado perjudicado, pero no en su relación con los médicos dado que ninguna conducta puede reprocharsele causalmente vinculada al daño”.

repetición, se proceda a la distribución de cuantías entre aseguradora y facultativos en régimen de mancomunidad.

6.7.- La doble cobertura pública y privada

6.7.1.- Libertad de elección del asegurado

Dado el amplio espectro que cubre el aseguramiento público, prácticamente universal, la inmensa mayoría de los asegurados privados goza de doble cobertura ante la eventualidad de la enfermedad: una, través del seguro público derivado de su afiliación a la Seguridad Social como asegurado o, en su caso, beneficiario del asegurado, y otra, a través del contrato de seguro que tenga concertado. En esos supuestos de doble cobertura se plantean determinadas cuestiones que conviene desbrozar.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el asegurado tiene libertad de opción entre ambas coberturas tanto la convencional (seguro privado) como la legal (Seguridad Social) y tiene derecho por tanto a optar por una u otra indistintamente, sin que nada se le pueda reclamar⁸⁰⁶. Cuestión distinta y extrajurídica será la relativa a los problemas clínicos de continuidad asistencial y seguimiento médico en el caso de que el tratamiento se inicie en un centro privado y finalice en un centro público o viceversa⁸⁰⁷. Así la STS de 19 de julio de 2006 (RJ 5144, 2006)⁸⁰⁸ resuelve

⁸⁰⁶ A favor de la libre opción, VEIGA COPO, Abel I., "Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?...ob.cit. p. 264, En el mismo sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, "La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria", en BATALLER GRAU Juan y VEIGA COPO y Abel B., (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters- Civitas, Cizur Menor, 2014, Westlaw BIB 2013\16076, p. 11, por donde citamos. pp.1-28. También publicado en edición impresa, pp. 1419-1459.

⁸⁰⁷ Pensemos en un embarazo cuyo seguimiento y vigilancia fetal se realiza en la sanidad pública pero el parto tiene lugar en una clínica privada concertada por el seguro de asistencia sanitario a cargo de otro facultativo, sin

una reclamación efectuada por la Administración frente a una entidad sanitaria privada por gastos por asistencia prestada en hospital público de la red de Seguridad Social a una paciente afiliada a ésta. La paciente optó en su día por la asistencia privada pero más tarde fue trasladada a un hospital público por prescripción facultativa de la entidad privada, al hallarse la paciente en estado de coma vegetativo, dado que aquél contaba con mejores medios que el segundo para su atención. En este sentido, interesa de la sentencia la proclamación judicial del principio de libre opción en casos de doble cobertura de modo que sólo la propia decisión del beneficiario o de quienes lo auxilian podrá ocasionar el cambio de centro hospitalario, de uno público a otro privado, o viceversa, una vez que se haya producido el ingreso y la atención médica en uno de ellos. Así se señala que:

“[L]a persona enferma, y sujeta hoy (se entiende, en el inicio del proceso), a tratamiento médico, tenía dos opciones asistenciales para el mismo tratamiento (...) bien a acudir a un Centro hospitalario de la Seguridad Social, por estar afiliada y en alta por el Régimen General de la misma, con todos sus derechos, o bien hacerlo al complementario o alternativo (según sus deseos o motivos al momento de su contratación) de la asistencia privada a través de «Asisa», en los establecimientos y con los medios proporcionados en sus

perjuicio de que el generoso régimen de compatibilidades en el ámbito médico haga frecuente esta posibilidad. Otro supuesto sería el de la operación quirúrgica realizada en un centro público y su seguimiento postquirúrgico en un centro privado bajo la cobertura del seguro privado.

⁸⁰⁸ *Vid.*, el comentario a la sentencia en MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “Atribución del pago de los gastos de asistencia sanitaria en los casos de doble cobertura asistencial”, *Revista Española de Seguros*, nº 128, 2006, pp. 855-866

Centros, que deben de comprender la asistencia completa (excepto en cuanto a las exclusiones establecidas, en su caso, en la Póliza, que aquí no consta se dieran). Lo cierto es que la «enferma» (si se puede llamar así a la embarazada, pues no lo fue tal en el momento de su ingreso, y sí después) determinó su opción por este segundo Sistema, teniendo en cuenta sus propias preferencias”, y sólo podría salir de él, desde su punto de vista, o de su propia opción (continuación), mediante su «baja voluntaria», pudiendo acudir entonces al Centro público, que estaría obligado a prestarle, como beneficiaria de su Sistema, las atenciones que precisara. Esta «baja voluntaria» no se dio, ni fue posible, por su estado vegetativo en el momento en que pudo precisarla, ni la dieron propiamente sus familiares (los padres), movidos a ello sólo por el consejo (difícil, en su caso, de no atender) del personal sanitario-facultativo del Centro-privado (Sanatorio), que fue el que le dio dicha «baja» propiamente, mandándole a una posible recuperación, y en todo caso, atención, en el Centro-público (Hospital), que suplió sus carencias asistenciales (tratamiento en UCI), y ello por más de un año, de cuyas atenciones y permanencia derivan los gastos que en el pleito se reclaman”.

6.7.2.- El debate sobre la asunción de los costes derivados de la asistencia

En segundo lugar, se plantea el debate sobre cuál de las dos entidades, la pública o la privada, debe asumir los costes de la asistencia prestada, tratándose de una cuestión discutida doctrinal y jurisprudencialmente. El supuesto más frecuente es el paciente con doble cobertura sanitaria que es atendido, con carácter urgente, por un servicio

público de urgencias para luego ser trasladado a un hospital público. Después de realizada la prestación el servicio público de salud reclama su importe a la compañía de seguros. Los argumentos a favor y en contra de la admisibilidad de la reclamación de la Administración resultan variados y pueden sistematizarse del siguiente modo⁸⁰⁹:

a) *Especialidad y prohibición del enriquecimiento injusto*: si la enfermedad sufrida por el sujeto atendido por la sanidad pública está comprendida en el ámbito del riesgo asegurado, los gastos de asistencia sanitaria debe abonarlos la compañía aseguradora, puesto que la asistencia sanitaria de carácter especial (la que ha de proporcionar el asegurador privado) no puede resultar beneficiada respecto a la asistencia sanitaria de carácter general (la que ofrece la Seguridad Social). De lo contrario, se produciría un enriquecimiento injusto del asegurador que recibiría la prestación del asegurado (pago de la prima) pero no realizaría su propia obligación⁸¹⁰.

Frente a tal argumento se ha refutado que: a) el principio de especialidad no tiene reconocimiento legal; y b) que la diferente naturaleza (una pública y la otra privada), origen (legal en el caso de la pública y voluntario en el de la privada) y función (de protección de los trabajadores y preventiva de un riesgo, respectivamente) que corresponde al seguro público y al seguro privado impide sostener que una sea el género y la otra la especie, sin que exista ninguna relación de subordinación o preeminencia entre ellas⁸¹¹.

⁸⁰⁹ Seguimos para ello a MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, *Revista de Derecho Mercantil* nº 282, 2011, Westlaw BIB 2011/1913, 31-41, pp.1-47, por donde citamos. En la edición impresa de la *Revista de Derecho Mercantil*, pp. 84-92.

⁸¹⁰ SAP de Huesca de 29 de septiembre de 1994 (AC 1994, 1446) y SAP de Murcia de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003/129029).

⁸¹¹ SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2000 (JUR 2001, 111285) y SAP de Murcia de 5 de octubre de 2004 (JUR 2005, 74531). También se manifiesta en contra MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La prestación del

b) *Reconocimiento normativo de la figura de “tercero obligado al pago”.*

Las reclamaciones de los servicios públicos de salud descansarían en la existencia de un tercero obligado al pago normativamente previsto. Así lo prevé específicamente el artículo 83 LGS que prevé que “los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes”. En sentido similar se pronuncia el nuevo artículo 168.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre que dispone que “el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o Comunidad Autónoma correspondiente y, en su caso, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, tendrán derecho a reclamar al tercero responsable o, en su caso, al subrogado legal o contractualmente en sus obligaciones, el coste de las prestaciones sanitarias que hubiesen satisfecho. Igual derecho asistirá, en su caso, al

asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, ob.cit....p.36, que afirma que “el principio de especialidad no tiene reflejo legal por lo que en ningún caso puede servir de fundamento jurídico de una pretensión con carácter exclusivo. En cualquier caso, no creemos acertado sostener que la cobertura privada, que otorgan las entidades de seguros, tenga un carácter específico o singular frente al carácter genérico de la cobertura pública, propia del Sistema Nacional de Salud Pública”. Igualmente se manifiesta en contra VEIGA COPO, Abel I., “Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?...”, ob.cit., p.14 señalando que “la Sanidad pública no goza de privilegio alguno en estos supuestos de doble cobertura, porque ella también está obligada a prestar los servicios sanitarios, por lo que nada ha de reclamar o tratar de reembolsar. Todo pende en última línea de la decisión, más o menos aleatoria o casual, del asegurado o afiliado o de las circunstancias que rodeen el siniestro y la privación de decisión del paciente, como muchas veces es el criterio de la proximidad”.

empresario que colabore en la gestión de la asistencia sanitaria, conforme a lo previsto en la presente ley”. Asimismo determina que “para ejercitar el derecho al resarcimiento a que se refiere el párrafo anterior, la entidad gestora que en el mismo se señala y, en su caso, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresarios, tendrán plena facultad para personarse directamente en el procedimiento penal o civil seguido para hacer efectiva la indemnización, así como para promoverlo directamente, considerándose como terceros perjudicados al efecto del artículo 113 del Código Penal”. En este sentido, el pago realizado por el servicio público de salud resultaría una suerte de pago hecho por cuenta de tercero, reconocido en el artículo 1.158 CC, de modo que puede ser reclamado al deudor mediante el ejercicio de la acción *in rem verso*.

Este argumento ha sido acogido por múltiples sentencias de Audiencias Provinciales que otorgan al concepto de “tercero responsable del pago un sentido amplio no sólo como culpable sino también, en términos genéricos, el obligado a responder⁸¹². En contra de este argumento se afirma que cuando el servicio público de salud presta y asume el coste de la asistencia sanitaria a uno de sus beneficiarios no paga por un tercero, sino que atiende una obligación propia⁸¹³.

⁸¹² SAP de Baleares de 25 de marzo de 1999 (AC 1999,4615), SAP de Baleares de 17 de febrero de 2000 (AC 2001, 2426), SAP de Baleares de 26 de abril de 2002 (JUR 2002,185232), SAP de Gerona de 25 de abril de 2000 (JUR 2000, 209417), SAP de La Coruña de 25 de octubre de 2001 (JUR 2002,17523), SAP de Murcia de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003, 129029), SAP de Huesca de 11 de junio de 2003 (JUR 2004,14422), SAP de Huesca de 16 de junio de 2005 (AC 2005, 876) y SAP de La Rioja de 23 de julio de 2007(JUR 2007, 336326), entre otras muchas.

⁸¹³ SAP de Barcelona de 17 de julio de 2000 (AC 2000, 1526), SAP de Tarragona de 7 de noviembre de 2001(JUR 2002, 19570), SAP de Murcia de 5 de octubre de 2004 (JUR 2005, 74531) y SAP de Zaragoza de 27 de febrero de 2006(JUR 2006, 104649). En la doctrina, se manifiesta contrario a la acción directa, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”..., ob. cit., p.36, quien afirma que “el Sistema Nacional de Salud Pública no es «perjudicado» en los términos que

c) *Ejercicio por la Administración de la acción directa frente al asegurador de asistencia sanitaria.* El servicio público de salud ejercitaría la acción directa que el artículo 76 LCS concede a los perjudicados frente a la aseguradora⁸¹⁴.

Dicho argumento resulta refutado, defendiendo que el artículo 76 LCS no es aplicable al seguro de asistencia sanitaria dado que es seguro de personas distinto del seguro de responsabilidad civil, que es un seguro contra daños. Por otra parte, aunque se tratase de un sujeto perjudicado por asumir el coste de la asistencia sanitaria urgente, en ningún caso tendría acción contra la aseguradora que no sería tercero responsable de la enfermedad⁸¹⁵.

Por nuestra parte, anticipemos desde este momento que consideramos que la aseguradora debe abonar los gastos derivados de la doble cobertura. No, desde luego, porque tenga una preferencia que normativamente no resulta reconocida. Tampoco porque pueda ejercitar la acción directa frente a la aseguradora pero no porque no tenga la consideración de perjudicada. Carece de sentido que el artículo 168.3 TRLGSS le reconozca expresamente la condición de perjudicado a efectos del ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del delito y se le niegue tal cualidad en otro ámbito. A nuestro juicio la objeción fundamental radica en que el artículo 76 regula la acción directa del perjudicado frente al asegurador de la responsabilidad civil y aquí nos encontramos en presencia del asegurador de la asistencia sanitaria. No

dispone el artículo 76 LCS. Perjudicado es el tercero frente al cual el asegurado es responsable. Y el beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria, que cotiza a la Seguridad Social, no es responsable frente a ésta”.

⁸¹⁴ SAP de Sevilla de 11 de junio de 1997 (AC 1997, 1539) y SAP de Madrid de 29 de julio de 2005 (JUR 2005, 210761).

⁸¹⁵ SAP de Huesca de 28 de septiembre de 1994 (AC 1994/1446) y SAP de Murcia de 5 de octubre de 2004 (JUR 2005, 74531).

resulta pues posible extrapolar una acción procesal prevista en sede distinta.

Tampoco creemos que el inciso “en todo caso” del artículo 103 LCS signifique que el asegurador deba cubrir “en todo caso” los gastos de asistencia sanitaria, incluidos aquellos en los que la cobertura la proporciona el sistema público. Atendiendo al tenor literal del precepto, entendemos que la expresión se refiere a que “en todo caso”, las condiciones del contrato no podrán excluir las necesarias asistencias de carácter urgente. Pero, una vez incluidas, ello no significa que la aseguradora pueda quedar liberada⁸¹⁶.

El argumento definitivo a nuestro juicio radica en el reconocimiento institucional del “tercero obligado al pago”. Ciertamente es que se trata de una figura creada en la normativa administrativa cuya noción genera polémica. De hecho, la doctrina ha apuntado que, para interpretar el alcance de esta expresión, habría que estar a lo previsto en el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización⁸¹⁷. El Anexo II del derogado Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, señala como tercero obligado al

⁸¹⁶ En el mismo sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo “Atribución del pago de los gastos de asistencia sanitaria en los casos de doble cobertura asistencial”..., ob. cit., que concibe el precepto con la finalidad de limitar la libertad contractual en beneficio del asegurado.

⁸¹⁷ Téngase en cuenta que artículo 2.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de la Salud y el procedimiento para su actualización dispone que *“conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22ª del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el Anexo IX.”*

pago a “otros seguros públicos y privados” mientras que el Real Decreto 1030/2006 que lo sustituye ahora sólo hace referencia a seguros privados obligatorios⁸¹⁸. Por ello, se sostiene que la referida modificación “trasluce una clara voluntad restrictiva del legislador por lo que se refiere a la delimitación de la noción «terceros obligados al pago», estableciendo una lista cerrada de los sujetos a los que la Administración Pública puede reclamar el importe de la asistencia sanitaria. Entre tales sujetos no están las compañías de seguros voluntarios, puesto que éstos, en cuanto a la asistencia sanitaria, complementan la cobertura asistencial pública”⁸¹⁹.

No obstante, aun reconociendo que se trata al menos de una cuestión vidriosa que la redacción del Real Decreto 1030/2006 enturbia más que aclara, nos inclinamos por entender que la Administración está legitimada para exigir el importe de la asistencia sanitaria prestada. Probablemente ello no participe de la lógica y dinámica del funcionamiento institucional del seguro pero no podemos olvidar tres datos normativos inexcusables.

En primer lugar, sigue luciendo en el Anexo IX del Real Decreto 1030/2006 la referencia amplia y genérica a “cualquier otro supuesto en

⁸¹⁸ Se citan el seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales, el seguro obligatorio de vehículos de motor, el seguro obligatorio de viajeros, el seguro obligatorio de caza y cualquier otro seguro obligatorio.

⁸¹⁹ *Vid.* MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”..., *ob. cit.*, pp.38-39, quien concluye sosteniendo que “la Administración Pública no tiene, en ningún caso, la condición de acreedor respecto al beneficiario de la prestación de asistencia sanitaria, ni siquiera en los supuestos de urgencia (...). La relación jurídica que existe entre el beneficiario y el Sistema Nacional de Salud Pública (o la Seguridad Social) es completamente independiente de la que se establece entre el asegurado y la entidad aseguradora, de forma que por el hecho de que el asegurado solicite la prestación de asistencia sanitaria de alguno de los sujetos que tienen obligación de cumplirla no nace acción alguna del pagador frente al otro obligado. El Sistema Nacional de Salud Pública y la compañía de seguros no son deudores solidarios, porque sus respectivas obligaciones nacen de relaciones jurídicas diferentes, y su contenido también es distinto”.

que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes”, de lo que se infiere que dicho precepto no insta un *numerus clausus* como se ha pretendido de contrario. En este sentido, la remisión a las normas legales y reglamentarias legitima la exigencia, porque tales normas existen (artículo 83 LGS).

En segundo lugar, cualquier interpretación de abdicación legislativa del reconocimiento de la figura parece evaporarse a la vista del reciente artículo 168.3 TRLGSS de 2015 que, si hubiera querido eliminar la posibilidad de reivindicación del pago a la aseguradora, bien pudiera haberlo hecho. Del mismo modo el apartado 1.a) de la Disposición adicional décima del TRLGSS de 2015⁸²⁰ viene a reconocer, *sensu contrario*, la posibilidad de exacción al señalar que no tendrán la naturaleza de recursos de la Seguridad Social los que resulten de las siguientes atenciones, prestaciones o servicios: “los ingresos a los que se refieren los artículos 16.3 y 83 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, procedentes de la asistencia sanitaria prestada por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, así como en los supuestos de seguros obligatorios privados y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago”. Nótese que, si bien se refiere a seguros obligatorios privados, también lo hace a todos aquellos supuestos, “asegurados o no”, de lo que se infiere que queda abierta la puerta para reclamar a los seguros voluntarios también.

Finalmente, no cabe desconocer que, actualmente las Comunidades Autónomas, titulares de la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social han iniciado un camino de publicación del régimen

⁸²⁰ En idéntico sentido el TRLGSS de 1994.

jurídico del pago. En efecto, tradicionalmente se había venido tratando el reintegro como una cuestión de Derecho privado, de modo que la Administración sanitaria demandaba su importe a la aseguradora en vía civil. Sin embargo, hoy en día determinadas Comunidades Autónomas han regulado el coste de los servicios que prestan a quienes tienen la consideración de terceros obligados al pago como precio público⁸²¹,

⁸²¹ *Vid.* a título de ejemplo, cfr. Decreto 25/2010, de 17 de junio, por el que se actualizan los precios públicos por actos asistenciales y servicios sanitarios prestados por la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León; Decreto 81/2009, de 16 de junio, se establecieron los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por el Servicio Canario de la Salud; Decreto 272/2005, de 27 de diciembre, por el que se establecen y regulan los precios públicos correspondientes a los servicios sanitarios del Servicio Extremeño de Salud; Orden de 17 de noviembre de 2014, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establecen los precios públicos de la asistencia sanitaria y de los servicios prestados en la red de centros sanitarios dependientes del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha; Orden 17/2014, de 16 de diciembre de 2014, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda por la que se establece y regula el precio público por los servicios sanitarios prestados a particulares en los centros del Servicio Riojano de Salud; Orden 731/2013, de 6 de septiembre, por la que se fijan los precios públicos por la prestación de los servicios y actividades de naturaleza sanitaria de la Red de Centros de la Comunidad de Madrid; Orden de la Consejería de Sanidad, de 17 de mayo de 2007 por la que se crean los precios públicos a aplicar por el Servicio Murciano de Salud, por la prestación de servicios sanitarios y por el suministro de hemoderivados; o Decreto 13/2004, de 12 de febrero, por el que se regulan los precios públicos de los servicios sanitarios del Servicio Cántabro de Salud. Incluso en esta última Comunidad Autónoma, el artículo 24 de la Ley 2/2012, de 30 de mayo, de Medidas Administrativas, Económicas y Financieras para la ejecución del Plan de Sostenibilidad de los Servicios Públicos de la Comunidad Autónoma de Cantabria se establece “que en los supuestos en los que existan terceros obligados al pago de precios públicos por servicios de asistencia sanitaria, si el usuario que recibe el servicio sanitario no facilita los datos del obligado para su correcta facturación en el plazo de 15 días desde que sea requerido fehacientemente por la Administración, el gasto será a su cargo”. Sobre el tema puede verse GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J., “Terceros obligados al pago y régimen jurídico del aseguramiento obligatorio de la asistencia sanitaria”, PALOMAR OLMEDA, Alberto y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa *“Tratado de Derecho Sanitario”, Vol. I*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, p.265, pp. 253-286 y SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, “La reclamación por asistencia sanitaria pública en casos de enfermedades infecto-contagiosas. Estrategia procesal y sistema de recursos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº10, 2015, BIB 2015\16770, p. 28, pp.1-33.

incluso en algún caso aislado como tasa⁸²². De este modo, efectuada la asistencia sanitaria, se gira la correspondiente factura por el importe, con la consideración de acto administrativo recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁸²³, y lo que es más importante, susceptible de recaudación en vía ejecutiva en caso de impago. La legitimación

⁸²² En el caso de la Comunidad Valencia el artículo 171 del Texto Refundido de la Ley de Tasas de la Generalitat, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 25 de febrero, regula las tasas por prestación de los servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica, lo que resulta técnicamente incorrecto dado que figura en realidad participaría de la naturaleza de precio público al no existir una reserva del sector público para prestar el servicio. Así el artículo 6 de la Ley estatal 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, señala que las tasa tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en (...) la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”. Por el contrario, tienen la consideración de precio público según la misma norma, “las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados” (artículo 24).

⁸²³ Dicha jurisdicción viene reconociendo expresamente la posibilidad de repercutir el coste de la asistencia sanitaria a la aseguradora haciéndose eco de las sentencias civiles que lo venían defendiendo. Por todas, STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de La Rioja de 22 de junio de 2011 (RJCA 2011, 514), que indica que “a lo expuesto, ha de añadirse que, como alega la representación en juicio de la Administración demandada, la Audiencia Provincial de La Rioja, con cita del criterio mantenido por otras, ha señalado: - El artículo 83 de la Ley General de Sanidad, segundo párrafo, a la hora de reconocer a las Administraciones Públicas el derecho a reclamar los gastos por servicios sanitarios, se habla de «tercero responsable». -Esta expresión debe ser entendida en el sentido de que exista una persona, distinta del asistido, con obligación de soportar el costo de la prestación sanitaria. -En el caso de la aseguradora, esta última pues la solución contraria supondría dejar vacío de contenido el seguro concertado con las aseguradoras privadas, las cuales obtendrían un enriquecimiento con el consiguiente menoscabo económico de las entidades gestoras de la Seguridad Social. -La expresión tercero responsable no significa que deba haber una persona que haya causado las lesiones que determinen la asistencia sanitaria, sino que basta que haya un tercero obligado. -Se trata de una acción directa a favor de las Administraciones públicas sanitarias frente a ese tercero (SS de 23 de Julio del 2007 y de 2 de mayo de 2007)”.

autonómica para regular precios públicos ha sido expresamente reconocida en la STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 22 de julio de 2011 que establece que “el artículo 83 LGS [...] habilita para el establecimiento de precios públicos en el ámbito sanitario. Y en virtud del art. 26 de la Ley estatal 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, no existe con carácter general una reserva de ley para el establecimiento de precios públicos”.

Con todo, se trata de una cuestión compleja que debemos resolver sobre la base de las prescripciones legales en la materia que, bien es cierto, podrían pronunciarse más claramente, mencionando los seguros voluntarios de forma expresa, si ésta fuese de verdad la intención del legislador.

6.8.- Límites de la cobertura y de los derechos del paciente-asegurado.

6.8.1.- Planteamiento: cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado

Con carácter previo, conviene diferenciar entre cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto y cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. Dicha distinción quedó consolidada en la representativa STS de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 6576)⁸²⁴ que ratifica el criterio de que las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS, mientras que las que delimitan el riesgo son susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado. De esta forma, se acoge un criterio, ya presente desde STS de 16 octubre

⁸²⁴ Reiterada por STS de 13 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 5304) y STS de 28 de noviembre de 2011 (RJ 2012,3403).

de 2000 (RJ 2000, 9195), en virtud del cual "la cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato".

Sentado lo anterior, la jurisprudencia contempla las cláusulas delimitadoras del riesgo como aquéllas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando su alcance y haciendo nacer el derecho a la prestación del asegurado y la correlativa prestación de la aseguradora. En este sentido, la jurisprudencia ha declarado que las cláusulas pueden delimitar el riesgo cubierto, la cuantía, el plazo y el ámbito espacial⁸²⁵. Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con éstas, sino con las delimitativas que, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador. Por ello no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las cláusulas delimitadoras dado que el artículo 3 LCS, como decimos, viene referido a las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado⁸²⁶.

Posteriormente, la STS de 18 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2924) , abunda en la idea de que lo importante es que el asegurado vea limitados o restringidos sus derechos con relación, por ejemplo, a los que le han sido atribuidos en la parte de la póliza que negoció, que serán los plasmados en las condiciones particulares y no en las generales, predispuestas

⁸²⁵ STS de 2 de febrero 2001 (RJ 2001, 3959), STS de 14 mayo de 2004 (RJ 2004, 2742) y STS de 17 de marzo 2006 (RJ 2006, 5639).

⁸²⁶ Por todas, STS de 5 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2541).

exclusivamente por la aseguradora para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, exigiendo para la oposición de cualquier limitación contenida en estas que conste su expresa aceptación en la forma prevista en el artículo 3 LCS, añadiendo que la claridad de la póliza en la identificación de las garantías cubiertas convierte en insuficiente, por contradictoria con ella, la declaración asumida como propia por el tomador de conocer y aceptar las limitaciones establecidas en las condiciones generales, tanto más si el contenido de éstas no se transcribe y sólo se identifica el número de cada uno de los artículos que las incorporan, eso sí, con su respectivo epígrafe. Se trata de una referencia insuficiente al respecto.

Teniendo en cuenta que el contrato de seguro se celebra en régimen de condiciones generales, este planteamiento jurisprudencial general debe, no obstante, completarse, a nuestro juicio, con la específica mención -que echamos de menos-, al artículo 86 TRLGDCU que declara que “en cualquier caso” serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas. Es cierto que el artículo 3 LCS constituye un control formal de inclusión pero, además, debe tenerse en cuenta, especialmente en planteamientos generales el juego del control material de contenido del TRLGDCU. No cabe duda de que el paciente asegurado es consumidor adherente por lo que en tales casos, como es sabido, la cláusula abusiva se tendrá por no puesta de acuerdo con la regla *vitiatur sed non vitiat* que luce en el artículo 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en relación con el artículo 8.2 de la misma norma. Cabe señalar, no obstante, que la distinción, clara desde una perspectiva teórica, resulta más compleja en su aplicación desde el punto

de vista práctico, lo que exige estar a cada caso concreto⁸²⁷. Es por ello que en caso de duda debe estarse al principio "pro asegurado"⁸²⁸ (STS de 13 de noviembre de 2006) que, en el fondo, es una manifestación del principio *pro consumatore*.

En este sentido, no puede dejar de obviarse que en la práctica de los seguros de salud se ha producido un importante crecimiento de la litigiosidad derivada de las discrepancias entre asegurador y asegurado en relación con todo tipo de cláusulas limitativas y, sobre todo, con la interpretación del contrato. Son variadas las cuestiones que suelen ventilarse tanto en vía administrativa, ante el Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones⁸²⁹, como en

⁸²⁷ En el mismo, sentido, DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, "La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p. 396. También la STS de 14 de marzo de 2014 (EDJ 2014/53345) que señala que: "(...) no es siempre fácil distinguir las cláusulas delimitadoras del objeto del seguro con las limitativas. En principio, podemos entender que las cláusulas básicas que constituyan el contenido natural o usual del contrato, definiendo el riesgo, serían delimitadoras, mientras que aquéllas que lo restringen, recortan o excluyan en el ámbito ordinario de la cobertura suscrita tendrían la consideración de limitativas.

⁸²⁸ STS de 13 de noviembre de 2006 que a su vez cita la vieja STS de 18 de julio de 1988 (RJ 1988, 5725) que establece que "las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones aseguradoras deben ser resueltas aplicando el principio «in dubio pro asegurado»".

⁸²⁹ La Memoria del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones durante el año 2014, cita las siguientes correspondientes a dicha anualidad: a) Elevación desproporcionada de la prima, no justificada actuarialmente; b) Elevación de la prima, por inclusión de nuevas garantías o coberturas no solicitadas; c) Falta renovación del seguro a asegurados con determinadas enfermedades, en especial, si al asegurado se le diagnostican enfermedades crónicas; d) Respecto al cuestionario de salud que debe ser cumplimentado antes de la contratación, en ocasiones no se somete a la firma del asegurado, en otras es el propio agente de la aseguradora el que se encarga de rellenarlo sin la participación activa del tomador; e) Cuestionarios de salud que establecen que si no se contesta al mismo la respuesta se entiende negativa, lo que todavía hace más difícil probar si efectivamente se sometió al cuestionario a los asegurados; e) Falta de información al asegurado sobre la trascendencia de lo declarado en el

sede jurisdiccional. Coherentes con el enfoque que informa este trabajo relativo a la protección del paciente-consumidor, vamos a centrarnos ahora en determinados aspectos que hacen referencia al alcance de la asistencia sanitaria prestada.

6.8.2.- Cobertura de la asistencia sanitaria de carácter urgente

Uno de los casos que presenta especiales implicaciones para el asegurado-consumidor es el relativo a la extensión de la cobertura a los supuestos en los que la asistencia es urgente. En este sentido, por mor de la remisión del artículo 106 LCS a las normas del seguro de accidentes, resultaría de aplicación el artículo 103 LCS que, tras señalar que “los gastos de asistencia sanitaria serán por cuenta del asegurador, siempre que se haya establecido su cobertura expresamente en la póliza y que tal asistencia se haya efectuado en las condiciones previstas en el contrato”, prohíbe que dichas condiciones excluyan las “necesarias asistencias de carácter urgente”⁸³⁰. Consecuentemente, en los seguros de prestación de servicios médicos y quirúrgicos, las pólizas siempre cubrirán la asistencia de carácter urgente, aunque sea prestada por un facultativo no perteneciente al cuadro médico de la entidad aseguradora o en un centro hospitalario no concertado con ésta, además de la asistencia consistente en

cuestionario de salud; f) Existencia de cláusulas en seguros de enfermedad y asistencia sanitaria por las que se excluyen pruebas diagnósticas por medios que no estén suficientemente contrastadas, quedando al arbitrio de la entidad la determinación de si estas pruebas están o no suficientemente contrastadas; g) Exclusión de cobertura por la entidad aseguradora de la asistencia sanitaria de carácter urgente, si ésta se produce durante el periodo de carencia establecido en un seguro de enfermedad o asistencia sanitaria; h) Establecimiento de plazos de carencia, para embarazo y parto, superiores a ocho meses. Disponible en:

<http://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/Informe%20anual%20Servicio%20de%20Reclamaciones%202014.pdf> (acceso 5 de diciembre de 2015).

⁸³⁰ El artículo 583-26 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil igualmente ubica la cuestión en sede de seguro de accidentes, reproduciendo literalmente el precepto.

la realización de cualesquiera de los servicios previstos en las pólizas. En cuanto a los seguros mixtos de asistencia sanitaria, con reembolso de los gastos médicos previamente abonados por el asegurado, cubren tanto los gastos provocados por una asistencia de tipo urgente cuanto otros gastos derivados de los servicios médicos descritos en la póliza. En consecuencia será nula y se tendrá por no puesta, toda cláusula que pretenda liberar a la entidad aseguradora de los gastos generados por una asistencia sanitaria de carácter urgente⁸³¹

Lógicamente uno de los principales problemas que plantea la cobertura urgente radica en que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado. Desde el punto de vista jurisprudencial se han aportado definiciones sobre lo que haya de entenderse por urgencia. En este sentido, no resulta infrecuente que delimiten en cada caso lo que se entiende por urgente pero conviene advertir que dicha delimitación no resulta necesariamente vinculante para el asegurado, toda vez que la prohibición legal de denegación de la asistencia urgente no puede resultar soslayada por la vía de su concreción contractual restrictiva. Entendemos que en tales casos, la cláusula incurrirá en el supuesto general de abusividad contenido en el artículo 86.1 TRLGDCU.

Desde el punto de vista jurisprudencial cabe traer a colación el concepto de urgencia acuñado por alguna jurisprudencia menor⁸³², si bien

⁸³¹ Cfr. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, "La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria",... ob.cit. pp.11-13.

⁸³² Así, resulta muy ilustrativa la SAP de Baleares de 26 de abril de 2002 (EDJ 2002/33689) que acoge el criterio amplio de urgencia señalando lo siguiente: " [...] se observan situaciones en las que "prima facie" si no son debidamente atendidas pelagra la integridad física de la persona, así por ejemplo, crisis de ansiedad, lipotimia, cardiopatía isquémica, epiglotitis, angor, necesidad de respiración asistida, hemorragia, dolor torácico, disnea, distress respiratorio, fractura de tobillo, policontusiones con traumatismo en tórax, etc. A los efectos del [...] artículo [103 LCS] no cabe duda que alguna de tales

la mejor doctrina ha postulado por mantener dicho concepto de forma abierta, sin perjuicio de proponer los siguientes criterios que permitan precisar el concepto⁸³³: 1º) Es urgente toda atención médica cuya inmediatez sea imprescindible para evitar consecuencias graves o muy graves para el asegurado; 2º) Es necesario analizar las circunstancias que concurren en cada caso concreto para determinar si la asistencia sanitaria reviste carácter urgente o no, atendiendo especialmente al perfil del asegurado, teniendo en cuenta sus condiciones físicas y mentales; 3º) No es necesariamente urgente un ingreso hospitalario que se realice por urgencias; 4º) Asistencia sanitaria de carácter urgente no es sinónimo de urgencia vital.

Los cuatro criterios proporcionados pueden servir indudablemente como guía orientativa. No obstante, debemos indicar que han de tomarse como indicativos, subrayando particularmente la importancia del segundo,

situaciones en ocasiones no revisten especial gravedad para la vida de la persona y pueden no ser graves, con dudas hasta tanto no se efectúan unas mínimas pruebas, pero se considera que es preciso un adecuado examen médico para descartar tal gravedad, y se comparten los razonamientos del informe médico relativo a otro procedimiento análogo al que nos ocupa [...] en el sentido de resaltar la dificultad de obtener una información precisa por teléfono facilitada en ocasiones por personas afectadas emocionalmente por la situación que aparenta el enfermo. No se comparte la argumentación del recurrente con cita de jurisprudencia de la Sala de lo Social con una interpretación sumamente restrictiva del término de "urgencia". Se comparte que, por ejemplo lipotimias o dolores torácicos pueden revestir escasa gravedad, pero también en algunos supuestos pueden ser síntomas de una enfermedad que requiere asistencia rápida y urgente, y hasta tanto no se hagan las oportunas comprobaciones no puede saberse, con lo cual se considera que a los efectos que nos ocupan, se consideran casos de urgencia. Se reputa irrelevante que no se haya citado a los chóferes y médicos que atendieron a los pacientes.

⁸³³ Los criterios pueden verse en MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo "La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria"..., ob.cit. p.12, quien, en todo caso, señala que "el criterio del legislador parece acertado, puesto que cualquier tipo de definición sería incompleta, siendo imprescindible atender a cada supuesto concreto para determinar si la entidad aseguradora, en todo caso y por su carácter urgente, debe dar cobertura a la asistencia sanitaria de que se trate".

que exige estar al caso concreto. Bajo nuestro punto de vista, resulta particularmente problemática la falta de equivalencia entre asistencia sanitaria urgente con ingreso hospitalario a través del servicio de urgencias⁸³⁴. Siendo una constatación sociológica la sobreutilización de los servicios de urgencias, no debemos dejar de reseñar que, en todo caso, un ingreso hospitalario por la vía del servicio de urgencias y no por la vía ordinaria responde necesariamente a una indicación médica⁸³⁵, por lo que no debiera resultar oponible al asegurado dado que en todo caso no es a él a quien que corresponde la calificación del acto de ingreso.

También resulta de interés el cuarto criterio consistente en la falta de equivalencia entre atención urgente y urgencia vital. Esta última constituye un concepto jurídico indeterminado que se emplea especialmente en el ámbito del sistema sanitario público ya que constituye la única excepción que permite que el sistema público reintegre los gastos

⁸³⁴ También reticente, OTAZU SERRRANO, María José, “Comentario a los artículos 97 a 101”. *Revista Española de Seguros*, nº 143-144, 2010 (Ejemplar dedicado a: Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de Junio de 2010), p. 935.

⁸³⁵ Así, en el ámbito público, el Anexo III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, señala que “la atención de urgencia (...) se presta en los hospitales durante las veinticuatro horas del día, a pacientes que sufran una situación clínica aguda que obligue a una atención inmediata de los servicios del hospital (...). El acceso del paciente a la atención de urgencia hospitalaria se realiza por remisión del médico de atención primaria o especializada o por razones de urgencia o riesgo vital que puedan requerir medidas terapéuticas exclusivas del medio hospitalario. Más tarde, señala en el apartado 3 del mismo Anexo “el acceso a la asistencia especializada en régimen de hospitalización se realiza por indicación del facultativo especialista o a través de los servicios de urgencia hospitalaria, cuando el paciente necesite previsiblemente cuidados especiales y continuados, no susceptibles de ser prestados de forma ambulatoria o a domicilio”. Finalmente, “una vez atendida la situación de urgencia, se procederá al alta de los pacientes o a su derivación al nivel asistencial más adecuado y, cuando la gravedad de la situación así lo requiera, al internamiento hospitalario, con los informes clínicos pertinentes para garantizar la continuidad asistencial” (apartado 2.7 del Anexo IV).

médicos originados en centros privados, por lo que se define reglamentariamente a estos solos efectos de forma muy restrictiva como “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”⁸³⁶. Queda claro pues que las “necesarias asistencias de carácter urgente” a las que se refiere el artículo 103 LCS constituyen un concepto más amplio que el de urgencia vital. En este sentido, entendemos que la inmediatez, constituye el elemento vertebrador de la atención urgente como prueba el hecho de que en el ámbito público el artículo 15 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud señala de forma expresa que “la atención de urgencia se presta al paciente en los casos en que su *situación clínica obliga a una atención sanitaria inmediata*”. En cualquier caso, cabe concluir que, atendiendo a los referentes analógicos equivalentes en el seguro público obligatorio, debe emplearse un concepto amplio de urgencias que deberá entenderse, en todo caso y con independencia de las precisiones u omisiones de la póliza, incluido en la cobertura del seguro⁸³⁷.

⁸³⁶ El artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización establece que “la cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”. De este modo, la urgencia vital constituye la única excepción a la regla general de prestación por medios propios contenida en el artículo 17 de la Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad y en el artículo 9 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud

⁸³⁷ En el mismo sentido, MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria”..., ob.cit., pp.12-

Finalmente se ha discutido a nivel doctrinal sobre los gastos comprendidos en la asistencia sanitaria de carácter urgente, cuestión sobre la que la tesis restrictiva los constreñiría exclusivamente a los gastos de tipo médico provocados por tal atención urgente del asegurado⁸³⁸. Por el contrario, nos adherimos a quienes han formulado un criterio extensivo⁸³⁹ que permita incluir todos los gastos provocados por dicha atención urgente, especialmente porque entendemos que no cabe en este caso disociar gastos médicos y vinculados a los mismos, dado su carácter integral al participar todos ellos de la misma finalidad. Así, a título de ejemplo y como norma referencial, puede comprobarse el contenido de la

13, que señala que “se puede afirmar que se ha ido imponiendo una interpretación amplia de lo que haya de entenderse por «asistencia sanitaria de carácter urgente», pues, en caso contrario, el contrato de seguro no cumpliría la finalidad para la que ha sido estipulado, es decir, hacer que las consecuencias económicas de un siniestro, en determinadas circunstancias (situaciones de carácter urgente), recaigan necesariamente sobre el patrimonio de la compañía aseguradora y no sobre el del asegurado. Consiguientemente, es urgente toda atención médica cuya inmediatez sea imprescindible para evitar consecuencias graves o muy graves para el asegurado. La interpretación que defendemos se hace necesaria, pues en la práctica se observa la proliferación de situaciones de urgencia que no serían calificables como de «urgencia vital» en una interpretación restrictiva del término, en cuanto que en ellas no existe un peligro inminente sobre la vida del asegurado, pero en las que éste, sin haberlo él solicitado, es ingresado en un centro hospitalario no cubierto por su póliza de seguros. Sin duda, son situaciones en las que el asegurado no se encuentra en condiciones de indicar que tiene un seguro médico privado y que, por ello, sólo puede ser atendido, para que los efectos económicos de la asistencia sanitaria no recaigan sobre su patrimonio, en uno de los centros médicos privados incluidos en la póliza de su seguro”. El autor en todo caso excluye los gastos correspondientes a los cuidados paliativos en la medida en que no estén consignados en la póliza (*Ibidem.*, p. 13)

⁸³⁸ BENITO OSMA, Félix, “Comentario a los artículos 102 a 103”. *Revista Española de Seguros* (Ejemplar dedicado a: Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de Junio de 2010), nº 143-144, 2010, p. 949.

⁸³⁹ Bajo el argumento de que los efectos económicos de la asistencia sanitaria, cuando así lo dispone la Ley, han de recaer sobre el patrimonio de la entidad aseguradora, lo defiende MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria”..., ob.cit., p.13.

prestación de atención urgente en el ámbito público⁸⁴⁰, que entendemos resulta traslaticiamamente aplicable al ámbito asegurador privado a los efectos de determinación del ámbito prestacional. En este sentido, comprende: a) La atención telefónica, a través de los centros coordinadores de urgencias sanitarias, que incluye la regulación médica de la demanda asistencial asignando la respuesta más adecuada a cada urgencia sanitaria; la información y la orientación o consejo sanitario; b) La evaluación inicial e inmediata de los pacientes para determinar los riesgos para su salud y su vida y, en caso de ser necesaria, la clasificación de los mismos para priorizar la asistencia sanitaria que precisen⁸⁴¹; c) La realización de los procedimientos diagnósticos precisos y de los procedimientos terapéuticos médico-quirúrgicos necesarios para atender adecuadamente cada situación de urgencia sanitaria; d) La monitorización, la observación y la reevaluación de los pacientes, cuando su situación así lo requiera; e) El transporte sanitario, terrestre, aéreo o marítimo, asistido o no asistido, según lo requiera la situación clínica de los pacientes, en los casos en que sea preciso para su adecuado traslado al centro sanitario que pueda atender de forma óptima la situación de urgencia; y f) La información y asesoramiento a los pacientes o, en su caso, acompañantes, sobre la atención prestada y las medidas a adoptar al finalizar dicha atención, de acuerdo con la legislación vigente.

⁸⁴⁰ Apartado 2 del Anexo IV del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, que desarrolla la prestación de atención urgente a la que se refiere el artículo 15 (prestación de atención de urgencia) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁸⁴¹ La evaluación puede completarse derivando a los pacientes a un centro asistencial si fuera necesario, para la realización de las exploraciones y procedimientos diagnósticos precisos para establecer la naturaleza y el alcance del proceso y determinar las actuaciones inmediatas a seguir para atender la situación de urgencia.

6.8.3.- Cobertura en caso de enfermedades preexistentes: los cuestionarios de salud

Suele ser habitual que las pólizas de seguros de asistencia sanitaria excluyan del alcance de la cobertura determinadas enfermedades y también enfermedades preexistentes, lo que cabe concebir como cláusulas delimitadoras del riesgo cubierto. En este sentido, resulta aplicable el deber de declaración del riesgo que contempla el artículo 10 LCS, precepto que, atendiendo a su ubicación sistemática en la LCS, resulta aplicable a todo tipo de seguro. Según la Memoria del Servicio de Reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones durante el año 2014, una de las tradicionales fuentes de conflictos relacionadas con los seguros de asistencia sanitaria se encuentra precisamente relacionada con las inexactitudes en la declaración del riesgo del tomador previo a la contratación. En estos casos, la discordancia viene motivada por la aplicación de la reducción proporcional prevista en la ley o incluso por el rechazo al pago de la prestación fundamentado en la existencia de dolo o culpa grave del tomador en la declaración del riesgo⁸⁴².

Así las cosas, el artículo 10 LCS determina que “el tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al

⁸⁴² Por ello se señala que “como en años anteriores, es necesario seguir insistiendo en la importancia que tienen los cuestionarios de salud en el ramo de vida, tanto para los tomadores como para las entidades aseguradoras. Así, para los tomadores es fundamental que contesten de manera veraz al cuestionario, pues en caso contrario, la prestación inicialmente pactada puede reducirse o, incluso, rechazarse por la entidad aseguradora. Las entidades aseguradoras deben ser igualmente conscientes del valor de los cuestionarios de salud, pues permiten seleccionar y valorar adecuadamente los riesgos antes de la contratación”. Disponible en: <http://www.dgsfp.mineco.es/sector/documentos/Informe%20anual%20Servicio%20de%20Reclamaciones%202014.pdf> (acceso 5 de diciembre de 2015).

asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo”. Lógicamente, la norma añade que el tomador queda exonerado de tal deber en dos supuestos, bien si el asegurador no le somete cuestionario o bien, cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él. El precepto concede al asegurador una doble facultad. En primer lugar, en caso de reserva o inexactitud del tomador, el apartado dos del artículo 10 LCS ofrece la posibilidad de rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar desde que tenga conocimiento de tal reserva o inexactitud. Corresponderán al asegurador, salvo que concorra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

En segundo término, si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración de rescisión, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación (artículo 10.III LCS). En relación con esta última cuestión, cabe señalar que la jurisprudencia, mayoritariamente recaída en seguros de vida, es restrictiva en relación con la apreciación del dolo o culpa grave del asegurado⁸⁴³.

⁸⁴³ Así las STS de 3 de octubre de 2003 (2003, 6496) enjuicia un caso señalando que: “Se ha hecho constar que en 1989 el demandante D. Juan Ignacio tenía antecedentes de hipercolesterolemia y psoriasis y que le fue diagnosticada diabetes mellitus. No consta en ningún momento que se trate de alguna enfermedad grave. En el mismo año, el 9 de mayo de 1989, el mismo declara que no ha padecido ni padece alguna enfermedad grave. En 1990 ingresa (17 de enero) en Hospital con el diagnóstico de diabetes mellitus y es dado de alta (31 de enero) por mejoría. A finales de 1992 (11 de diciembre) sufre un infarto de miocardio y en 1993 (31 de agosto) es declarado en situación de invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente. No

Se ha presentado también el supuesto de omisión en el cuestionario de una enfermedad previa que no influyó en la que produjo el fallecimiento pero que al mismo tiempo no se aprecia dolo o culpa grave en la conducta del asegurado, por lo que no se libera a la aseguradora del pago de la prestación⁸⁴⁴. Del mismo modo no se exime del pago a la aseguradora cuando en un cuestionario de salud, el tomador al rellenar el cuestionario no ocultó, ninguna enfermedad preexistente, pues no la padecía en el momento de concertar la póliza⁸⁴⁵.

consta en ningún momento que aquellos antecedentes o esta enfermedad fueran graves con causa del infarto y, por ende, de la incapacidad. Las compañías aseguradoras demandadas no han probado ni el carácter grave de la enfermedad precedente ni la realidad de CAUSA de la misma respecto al infarto. A su vez, tampoco llevaron a cabo, en el momento del contrato, comprobación alguna de la situación física del asegurado. En consecuencia, no aparece engaño –palabras o maquinaciones insidiosas– para calificar el dolo, que aprecian las sentencias de instancia, según del artículo 1269 del Código civil y según el artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro, que añade la culpa grave”.

⁸⁴⁴ Es el caso de la STS de 12 de abril de 2004 (RJ 2004, 2612), si bien referido a un seguro de vidas en la que el asegurado se limitó a firmar los documentos redactados por el agente intermediario de la aseguradora el cual gozaba de toda su confianza por lo que no se aprecia dolo o culpa grave en su conducta. No obstante, se estima la existencia de una infracción de ese deber de colaboración del asegurado, al omitir la existencia de un padecimiento anterior y que, dada su naturaleza, deberían tenerse en cuenta para la concreción del riesgo asegurado y su valoración, sin que tal incumplimiento se justifique por el hecho de limitarse la asegurada a firmar el cuestionario que rellenó el agente. La Sentencia cuenta con un voto particular formulado por el magistrado Xavier O'Callaghan Muñoz que certeramente defiende que cuando el agente del asegurado es quien rellena el cuestionario, limitándose el tomador del seguro a firmar el mismo, ello equivale a una falta de presentación del cuestionario cuyas consecuencias no pueden hacerse recaer sobre el asegurado. En este último sentido, se pronuncia también la STS de 31 de mayo de 1997 (RJ 1997,4147).

⁸⁴⁵ Es el caso resuelto por STS de 7 de junio de 2004 (RJ 2004, 4422) que se basa en que la certificación expedida por el Jefe de Sección del Servicio de Neurocirugía del "Hospital Clinic" de Barcelona, en la que se constata que, si bien en febrero de 1992 fue visitado el Sr. Francisco por presentar un tumor cerebral, siendo sometido a tratamiento médico con

6.8.4.- Limitaciones temporales.

6.8.4.a) Previsión de plazos de carencia.

Suele ser frecuente que las pólizas prevean períodos de carencia que en la práctica implican la necesidad de que transcurra un período de tiempo mínimo para que nazca la prestación del asegurador, lo que a menudo se ha confundido con las franquicias que operan en el ámbito cuantitativo y no temporal. La carencia supone un período temporal sin que nazca la cobertura en este caso la enfermedad. Por el contrario, la franquicia implica la exención de la obligación de pago por parte de la aseguradora para determinados siniestros o la exención de pago hasta unos determinados umbrales⁸⁴⁶. Así las cosas, la determinación del plazo o periodo de carencia se ha considerado por la denominada jurisprudencia menor como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, debiendo subordinarse su eficacia a la aceptación del asegurado de forma expresa a través de la doble firma⁸⁴⁷.

quimioterapia y radioterapia, también se afirma que el paciente no tuvo secuelas neurológicas, y que desde entonces fue controlado periódicamente, encontrándose libre de síntomas de su enfermedad hasta mayo de 1994, en que el tumor recidivó.

⁸⁴⁶ VEIGA COPO, Abel I., “Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?”..., ob.cit., p.270, se pregunta qué sucedería si una enfermedad que se exterioriza en el plazo de carencia pero que era inexistente y que se prolonga más allá de la carencia, considerando, con cita de la SAP de Cantabria de 5 de mayo de 1998 (AC 1998,5768), que estaría cubierta por el seguro de asistencia sanitaria pero a partir del término de la carencia.

⁸⁴⁷ SAP de Cantabria de 9 febrero 2004 (JUR\2004\82132) [“el plazo de carencia de 3 meses que se indica en el Art. 5 de las condiciones generales de la póliza, no específicamente suscrito por el asegurado, es una condición limitativa de los derechos del asegurado de aquellas a las que se refiere el Art. 3 de la L.C.S. en cuanto que no define el objeto del contrato sino que impone una limitación temporal de los derechos del asegurado”]; SAP de Baleares de 28 enero 2002, JUR\2002\98495 [el período de carencia de tres meses señalados en el artículo 6 a) de las condiciones generales del contrato de seguro concertado por los litigantes es una cláusula limitativa de los derechos

6.8.4.b) Denuncia unilateral del contrato por la aseguradora

Nos referimos a aquellos supuestos en los que el contrato tiene una cláusula de prórroga tácita a salvo que medie denuncia expresa de la aseguradora con un plazo de preaviso. En principio se trata de una posibilidad amparada por el artículo 22.2 LCS que faculta a las partes para oponerse a la prórroga del contrato mediante una notificación escrita a la otra parte, efectuada con un plazo de, al menos, un mes de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso cuando quien se oponga a la prórroga sea el tomador, y de dos meses cuando sea el asegurador. En este sentido, el asegurador deberá comunicar al tomador, al menos con dos meses de antelación a la conclusión del período en curso, cualquier

de la asegurada y, por ello, a tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro, debió ser específicamente aceptada por escrito por la ahora demandante al suscribir la póliza, de modo que, al haber faltado ese requisito, aquel período de carencia no puede ser opuesto eficazmente por la entidad aseguradora]; SAP de Barcelona de 3 noviembre 1999 (AC\1999\8274) [“el período de carencia conlleva una limitación -temporal- de los derechos del asegurado y del beneficiario, y en el caso examinado tal previsión convencional se contiene en una determinada cláusula (9ª) de las condiciones generales que no fue objeto de aceptación específica por escrito por la tomadora”]. De especial interés es la SAP de Lleida de 27 de junio de 2014 (EDJ 2014/154272) al resolver un supuesto de seguro de vida vinculado a un préstamo hipotecario señaló que “la duración general de la póliza es un elemento esencial del contrato ya que se ha de delimitar la duración o plazo durante el que se cubren los riesgos contratados y partiendo del mismo, las excepciones o limitaciones de ese plazo por razón de determinados riesgos, supone una restricción o limitación de derechos, que debe ser advertida expresamente. En este caso la duración de la póliza coincide con la del préstamo al que se vincula, por lo que el establecimiento de un período de carencia para el supuesto concreto supone una excepción a la duración general y habitual en este tipo de contratos”. En un supuesto análogo se ha pronunciado la SAP de Barcelona de 11 de octubre de 2013 (EDJ 2013/223062) que también analiza también un seguro de vida e invalidez permanente absoluta asociado a un préstamo y una cláusula de plazo de carencia, condenando al pago a la aseguradora al estimar que la cláusula que delimitaba temporalmente el riesgo en forma contradictoria con la fecha de efecto del seguro prevista en las condiciones particulares de la póliza, restringe los derechos del asegurado y difícilmente cabe mantener que la misma fuera aceptada por el asegurado.

modificación del contrato de seguro (artículo 22.3 LCS). De este régimen jurídico, se exceptiona el seguro de vida en lo que sea incompatible con su propia regulación (artículo 22.5 LCS).

Esta posibilidad de denuncia unilateral del contrato resulta especialmente lesiva para enfermos crónicos y para personas de edad avanzada que ven reducidas sus posibilidades de aseguramiento ante la progresiva merma de su salud. De ahí que la jurisprudencia menor haya reaccionado frente a tal práctica. Desde el punto de vista formal, la SAP de Navarra de 17 de junio de 2002 (JUR 2002, 225358) consideró que la declaración de voluntad a la que se refiere este artículo 22 LCS es una declaración de voluntad recepticia, lo que por otra parte resulta acorde con su carácter resolutorio, de modo que no basta que se manifieste la voluntad resolutoria dentro del plazo pactado, sino que es necesario que esa declaración de voluntad se ponga en conocimiento del asegurado dentro de dicho plazo, sin que sea obstáculo a ello el que no sea necesaria la aceptación de la contraparte para no prorrogar el contrato que les vincula.

Desde una perspectiva material, encontramos ejemplos como el de la SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2010 que declara contraria a la buena fe la denuncia unilateral de un contrato de seguro de asistencia sanitaria, tras diez años de prórroga ininterrumpida y coincidiendo con el empeoramiento de la salud del asegurado. En este sentido, desde la perspectiva doctrinal también se ha criticado esta práctica de denuncia⁸⁴⁸,

⁸⁴⁸VEIGA COPO, Abel I., “Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?...”, ob.cit., p.269 señala que la posibilidad de denuncia para no prorrogar el contrato en estos casos “no sólo limita los derechos, sino que los lesiona desnaturalizando y desnudando totalmente la esencia del seguro de asistencia sanitaria. La no resolución del seguro de enfermedad y asistencia sanitaria ha de ser un hecho y un derecho a la vez”. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria”,... ob.cit. p. 19 señala que “parece

llegándose a proponer *de lege ferenda* una modificación legislativa para su prohibición⁸⁴⁹. Nos adherimos a tal propuesta que, en el fondo, no sería sino la extensión de la excepción que ya rige para el seguro de vida que, como el seguro de asistencia sanitaria y los seguros de personas en general, presenta especiales modulaciones que exigen restricciones a las facultades legales del asegurador. La oposición a la prórroga del contrato en estos casos parece atentar contra su causa dado que este seguro se concierta precisamente, y entre otros motivos, para prevenir la enfermedad, circunstancia que se incrementa con el paso del tiempo ante el incremento de la edad del asegurado. Así las cosas, resultaría que, cuando realmente se incrementan las probabilidades de acontecer el riesgo cubierto, es cuando el asegurador no prorrogaría el contrato, práctica que, por las razones expuestas reputamos contraria no ya a la buena fe contractual a la que se refiere la resolución judicial mencionada sino a la disciplina misma de tutela del consumidor.

6.8.5.- Limitaciones objetivas.

La jurisprudencia se ha ido manifestando casuísticamente sobre determinadas limitaciones que recaen sobre el ámbito objetivo cubierto por el seguro de asistencia sanitaria. Así cabe traer a colación, las cláusulas de exclusión de la prestación de *servicios en unidades de cuidados intensivos*, caso resuelto por la ya vieja STS de 28 junio de 1985 que, sin embargo, entiende que no procede que ni la aseguradora ni el hospital se hagan cargo de las mismas, entendiéndolo por ello como cláusula

indudable que adquiere tintes abusivos la oposición a la prórroga de un contrato de asistencia sanitaria basada, exclusivamente, en el envejecimiento del asegurado”.

⁸⁴⁹ TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *Los seguros de personas...*, ob.cit., 2006, p. 209, opina que el seguro de asistencia sanitaria, siguiendo los ejemplos de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, no debiera ser rescindible por el asegurador.

delimitadora del riesgo⁸⁵⁰. A nuestro juicio, este planteamiento hoy en día es inasumible y debe reputarse limitación abusiva por cuanto los cuidados intensivos forman parte del riesgo cubierto en la medida en que no cabe escindir de la asistencia sanitaria técnicas clínicas ordinarias.

⁸⁵⁰ Desde luego, hay que tener en cuenta que, a la fecha de la sentencia, no se había positivizado la doctrina de las cláusulas abusivas contenida en el viejo artículo 10 LGDCU de 1984, dado que, si bien la sentencia recayó un año más tarde, los autos traían causa de una fecha anterior. En este sentido, la sentencia señala que “ el tema fundamental debatido en instancia y traído, también, a este recurso, es el relativo a si el contrato de seguro de asistencia sanitaria convenido con «Médica Regional de Especialidades, S. A.» y en el que figuraba como beneficiaria Doña Esther M. V., comprendía o no los servicios denominados de cuidados o vigilancia intensivos, servicios que fueron prestados a dicha señora, aquí codemandada, por la entidad actora Hospital de la Santa Cruz y de San Pablo y cuyo importe es objeto de reclamación a los tres demandados, pues únicamente en el caso de que tales servicios estuvieran incluidos en la póliza de asistencia y, en consecuencia, hubieran debido prestarse por la recurrente Médica Regional en la Clínica Figarola Pera, con quien tiene concertados los servicios clínicos, la satisfacción de los mismos por el Hospital actor podría subsumirse en la hipótesis que contempla el artículo 1.158 del Código Civil(...) [pero] presupuesto necesario de dicha norma es la preexistencia de una obligación de dar o hacer en el deudor por quien se paga, pago que genera la acción de reembolso contra el deudor y, en su caso, la acción de subrogación, por lo que la inexistencia de la obligación de prestar los repetidos cuidados intensivos y los servicios a ellos anexos, excluye la aplicabilidad del indicado precepto. [...] Si en el contrato de asistencia médica que vincula a las partes no se comprenden las citadas atenciones intensivas, es claro que de la prestación de los mismos por tercera persona, en este caso el Hospital actor, no pueden derivar obligaciones para quienes no asumieron tales cuidados, sin que pueda argumentarse para imponerlos a los que no venían sujetos a los mismos, razones de equidad o de amor al prójimo, en cuanto la equidad que debe ponderarse en la aplicación de las normas sólo puede servir de fundamento exclusivo a una resolución judicial cuando la ley expresamente lo permita (artículo 3-2 del Código Civil), supuesto que no es el de litis, en el que las recíprocas prestaciones de las partes son las que se deducen del vínculo contractual entre ellas existente, sin que puedan aumentarse unilateralmente las de una de ellas sin romper, contra toda equidad, el equilibrio económico tenido en cuenta en el momento de contratar; y sin que las razones de amor a los demás, principio moral que debe informar las relaciones sociales, opere en el campo de las relaciones jurídicas agravando en perjuicio de una de las partes y en beneficio de la otra las obligaciones asumidas y, en definitiva, rompiendo el vínculo de reciprocidad emanado del contrato de seguro de asistencia médica.

En otros casos se han considerado determinadas cláusulas como delimitadoras del riesgo y no como limitativas de los derechos del asegurado⁸⁵¹. Sería el supuesto de las que determinan que la prestación del asegurador no se extiende a las *prótesis y aparatos protésicos*⁸⁵² o a los *servicios de estomatología* (implantes dentales y ortodoncia)⁸⁵³.

⁸⁵¹ Cfr. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, “La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”..., ob.cit. , p.397.

⁸⁵² Así, la SAP de Madrid de 21 de abril de 2004 (JUR 2004, 254070) señala que “por la entidad codemandada, finalmente absuelta, lo que se niega es que el pago de la prótesis implantada se comprenda dentro del ámbito de cobertura del seguro concertado, con cargo a la asistencia médica asumida por la codemandada, exclusión que nada tiene que ver con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado a que se refiere el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro. El planteamiento así efectuado por la codemandada es correcto en el marco contractual suscrito por asegurador y asegurado en el ámbito de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 del Código Civil, en consonancia con el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, que permite pactar y establecer el alcance de los riesgos cubiertos por la aseguradora, sin que nada tenga que ver con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado. En el presente caso de autos la aseguradora considera que, con arreglo al artículo 5º f) del contrato de seguro suscrito por el codemandado recurrente (...), la prestación del importe de la prótesis quedó excluida, al disponer “las prótesis de cualquier clase, así como las piezas anatómicas y ortopédicas, serán de cuenta del asegurado”, contrato que dio inicio a la relación entre aseguradora y asegurado, sin que se haya acreditado por el recurrente se modificara con posterioridad a su firma, hecho que tuvo lugar el primero de febrero de 1978, el alcance y contenido de los riesgos así cubiertos”.

⁸⁵³ En este caso la SAP de Palencia de 5 de noviembre de 2012 (AC 2013, 398) que resolvió un caso de una póliza colectiva de seguro de asistencia médica suscrita por una Caja de Ahorros para asegurar determinadas contingencias para sus trabajadores. En la póliza llamada “Adeslas Completa” se incluían, entre otras coberturas, cirugía maxilo-facial y odonto-estomatología consistente en curas estomatológicas, extracciones y limpieza de boca. Entre las exclusiones a la cobertura se encontraba la asistencia odontológica, salvo la asistencia médica expresamente cubierta. Al mismo tiempo y para mejorar la asistencia de los trabajadores de la entidad bancaria indicada, se pactó un anexo denominado “Adeslas Dental” con la inclusión de una prestación muy concreta, de un llamado suplemento odontológico, que incluyó prestaciones como empastes, ortodoncia, selladores oclusales, ortopanomografías y telerradiografías, apicectomías, etc. Ahora bien, estas prestaciones se vincularon al cumplimiento de varias circunstancias, especialmente el pago por el asegurado de franquicias y que el

Los ejemplos señalados ilustran, bajo nuestro punto de vista, la diferencia entre lo que deben ser cláusulas delimitadoras del riesgo - entendidas como aquéllas que exceden o representan un plus de lo debemos de considerar como asistencia sanitaria ordinaria- y cláusulas limitativas que, además de cumplir el requisito formal de aceptación por el asegurado-consumidor en los términos del artículo 3 LCS, se encuentran incursas en abusividad *ex* artículo 86.1 TRLGDCU cuando incidan en el núcleo esencial del concepto de asistencia sanitaria, so pena de desnaturalización. En este sentido, creemos que, desde la perspectiva de las limitaciones objetivas, resultarían abusivas todas aquéllas que limiten el acceso a técnicas médicas y quirúrgicas ordinarias integradas en los protocolos y guías clínicas habituales.

Centro Deontológico que fuera a realizar la prestación debería ser cualquiera de los que figuren en el Catálogo de Servicios Dentales de la aseguradora. Pues bien en este caso concreto, para la sentencia “nos encontramos ante una cláusula delimitadora del riesgo y no limitadora de los derechos del asegurado”.

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR SERVICIOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

CAPITULO IV

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR SERVICIOS Y PRODUCTOS SANITARIOS

1.- PRELIMINAR: DERECHO DE CONSUMO Y CAUCES DE EXIGENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

Abordamos en este último capítulo una cuestión en la que el Derecho de Consumo, a partir de la consideración de la prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo, ha tenido una influencia considerable. Nos referimos a la responsabilidad por daños causados por servicios y productos sanitarios defectuosos. En este sentido, como primera idea, merece destacarse que el TRLGDCU dedica a la cuestión su libro tercero (“Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos”) lo que pone de relieve que el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios producidos [artículo 8.c) TRLGDCU] constituye uno de los elementos centrales de la disciplina de tutela del consumidor. En este sentido, en el presente capítulo nos proponemos analizar una de las consecuencias más acusadas de la atribución al usuario de servicios sanitarios de la condición de consumidor, que no es otra que el sometimiento del prestador al régimen de responsabilidad previsto en la normativa de defensa de los consumidores.

Así las cosas, conviene anticipar que, mientras en el ámbito de los productos la aplicación del TRLGDCU resulta doctrinal y jurisprudencialmente indiscutida, en el ámbito de los servicios *stricto sensu*, la orientación ha resultado muy distinta, toda vez que el régimen de responsabilidad objetiva propio del Derecho de Consumo implicaba la

ruptura de la ancestral configuración de la prestación médico-sanitaria como obligación de medios o de mera actividad. Ello ha obligado a aplicar de forma restrictiva el texto legal en la forma que más tarde estudiaremos, hasta el punto de que podemos afirmar que la responsabilidad médico-sanitaria constituye en realidad una construcción jurisprudencial en constante evolución. A esta circunstancia de relativa inestabilidad ha coadyuvado además el hecho de que, al ser frecuente la demanda conjunta a la Administración y a la aseguradora de su responsabilidad civil, hasta hace pocos años era la jurisdicción civil la competente para conocer de la responsabilidad del prestador público, frente a la realidad actual en que dicho conocimiento se atribuye al orden contencioso-administrativo, con el consiguiente riesgo de disparidad de criterios en función de la naturaleza pública o privada del prestador sanitario. En todo caso, y con independencia de la jurisdicción competente, si asumimos que la Administración pública puede actuar como sujeto frente al que opera la tutela diseñada por el Derecho de Consumo, como esperamos haber demostrado, este ordenamiento debiera servir como elemento de unificación material de regímenes jurídicos en la medida en que su aplicación procedería tanto en los casos de prestación pública como de prestación privada, con independencia del cauce jurisdiccional por el que se desarrollara la demanda.

Sentada esta idea inicial, procede señalar que, como resulta sobradamente conocido, la prestación de servicios sanitarios, como cualquier actividad material, puede dar lugar a responsabilidad penal o civil del agente en caso de producirse daños y perjuicios⁸⁵⁴. En relación

⁸⁵⁴ Además de la penal, dejamos fuera de nuestro estudio la responsabilidad disciplinaria de los profesionales sanitarios en el ámbito de la Administración pública, ciñéndonos en exclusiva por ello al sector privado. También excluimos de nuestra investigación la responsabilidad deontológica, entendida como aquella derivada de los incumplimientos de las normas

con la responsabilidad penal, cuando en la acción u omisión del prestador concurra delito o falta, cabe acudir a la jurisdicción criminal para exigir la responsabilidad civil *ex delicto*, circunstancia cada vez más habitual en el sector sanitario ya que en ocasiones puede facilitar extraordinariamente la prueba, al impulsarse de oficio por el juez instructor. Alternativamente, puede exigirse dicha responsabilidad en sede judicial civil, de modo que acción penal y acción civil recorren caminos paralelos, generalmente sucesivos. En este sentido, la exigencia de responsabilidad penal, con reserva de la acción civil para un momento posterior, en ocasiones esconde la inconfesada finalidad de obtener una posición negociadora que presione al querellado a abonar por la vía extrajudicial un importe indemnizatorio mayor que el que se lograría de no haber mediado previamente tal querella⁸⁵⁵. Fuera de los casos de relevancia penal, las

deontológicas y de organización interna de los Colegios profesionales. En puridad, se trata de una potestad disciplinaria ejercida en el seno de una relación especial de sujeción cuyos actos son recurribles ante la jurisdicción contencioso- administrativa. En este sentido, su exigencia corresponde a los colegios profesionales competentes en materia de control del correcto ejercicio de determinadas profesiones (artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales), asumiendo, por ello, funciones esencialmente públicas como la de velar por la deontología y la disciplina de la profesión de que se trate (artículo 5.i de la Ley 2/1974). Ello ha llevado al Tribunal Supremo a admitir sin lugar a dudas la potestad disciplinaria de los colegios profesionales, defendiendo incluso una interpretación amplia de la misma, como por ejemplo, sostiene la STS 3ª de 11 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 8667), según la cual “en cuanto al entendimiento o interpretación restrictivos de la potestad disciplinaria [de los Colegios Profesionales] dicha interpretación habría que considerarla antisocial y por tanto contraria a todas las reglas que inspiran nuestro ordenamiento, al ser la citada potestad la única ejercida sobre los profesionales liberales para la vigilancia y mejor cumplimiento de sus deberes en cuanto tales. De no existir dicha potestad de los Colegios, los profesionales liberales no estarían sometidos a poder disciplinario ninguno. Por tanto, (...), dicha potestad disciplinaria debe entenderse de modo amplio, de manera que suponga un robustecimiento de los poderes públicos del Colegio profesional”.

⁸⁵⁵ Dicha práctica presenta a nuestro juicio, problemas de deontología profesional para la dirección letrada del querellante en aquellos casos en los que no concurre claramente un ilícito penal. Otras posibles finalidades

acciones u omisiones generadoras de daños para el paciente hacen nacer la responsabilidad civil del prestador sanitario que, cuando es público o concertado, recibe la denominación de “responsabilidad patrimonial” y que cuenta con una específica regulación en sede administrativa⁸⁵⁶. Consecuentemente, en el caso de acciones u omisiones no delictivas, cabe acudir a la jurisdicción civil, si el prestador del servicio sanitario es privado, o a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando el agente del daño sea un centro sanitario público o privado concertado. En este sentido, es importante señalar que la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se extiende al conocimiento de la responsabilidad de los centros sanitarios privados que resulten

prácticas del ejercicio de la acción criminal radican en conseguir que los hechos declarados probados ante la jurisdicción penal puedan hacerse valer en otras jurisdicciones con un objetivo puramente indemnizatorio, o en asegurarse el pago de la indemnización de los daños y perjuicios irrogados al paciente perjudicado a través del instituto de la responsabilidad civil subsidiaria, ante el riesgo de insolvencia del profesional causante del daño. En efecto, al amparo de los arts. 120 y 121 del Código Penal, tanto las sociedades mercantiles privadas como las Administraciones públicas para las que trabajen los profesionales sanitarios son responsables civiles subsidiarios por los daños realizados por éstos en el ejercicio de sus funciones.

⁸⁵⁶ Actualmente, dicha regulación aún se encuentra contenida en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. No obstante, se trata de dos normas expresamente derogadas en virtud de lo establecido en la disposición derogatoria única de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, recientemente publica. En este sentido hay que tener en cuenta que la referida Ley 39/2015 regula los aspectos procedimentales de este tipo de responsabilidad mientras que la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público contempla los principios generales en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas, si bien tanto la Ley 39/2015 como la Ley 40/2015 entrarán en vigor, por lo que a esta materia se refiere, el 2 de octubre de 2015. Sobre la responsabilidad de la Administración como prestador sanitario, cfr. DE ALBA BASTARRECHEA, Esther, “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario” en *Compilación de criterios doctrinales*. Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2014. pp. 116-161.

concertados, en la medida en que la prestación de servicios a tales efectos es pública. De igual modo, resultará competente dicha jurisdicción en los casos en los que se demande conjuntamente la Administración sanitaria y a la aseguradora de su responsabilidad civil⁸⁵⁷. Por el contrario, si se entabla la acción directa contra el asegurador de la responsabilidad civil prevista en el artículo 76 de la LCS será competente la jurisdicción civil, incluso en los supuestos en que el sujeto asegurado sea un prestador público o concertado⁸⁵⁸.

Dibujado el esquema tipológico básico y los cauces jurisdiccionales en los que se desenvuelve la responsabilidad civil por prestación de servicios sanitarios, debemos partir de una aparentemente clara distinción que luego ha sido muy matizada jurisprudencialmente. En línea de principio, es dable diferenciar entre la responsabilidad contractual del

⁸⁵⁷ En estos casos, hay que tener en cuenta que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre el artículo 9.4 de la citada Ley Orgánica 6/1985 y sobre el artículo 2.e) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ambos preceptos atribuyen el conocimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas al orden contencioso-administrativo. De forma generalizada, la mayor parte Administraciones sanitarias tienen concertado un seguro de responsabilidad civil para la cobertura del riesgo de la obligación de indemnizar en caso de daños producidos al usuario. Se trata de un seguro de los previstos en el artículo 73 LCS, que permite a la Administración sanitaria trasladar al asegurador, a cambio de una prima, el coste de las indemnizaciones que debe abonar. De esta forma, a diferencia del coste de las indemnizaciones –imprevisible-, el coste de las primas de seguros de responsabilidad civil es presupuestariamente previsible (Cfr. ARQUILLO COLET, Belén, “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2004, p.12; BUSTO LAGO José Ramón, “Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la administración pública”, *Aranzadi Civil*, nº 2, 2005, Westlaw, BIB 2005/1602; HUERGO LORA, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 25 y 26)

⁸⁵⁸ Por todas, STS de 30 mayo de 2007 (RJ 2007, 4973); también en la jurisprudencia menor SAP de Badajoz de 26 de octubre de 2001 (JUR 2001, 332631), SAP de Badajoz de 14 de enero de 2002 (AC 2002, 177) y SAP de Barcelona de 23 de diciembre de 2002 (AC 2003, 1060).

artículo 1.101 CC, cuando entre el paciente y el prestador del servicio sanitario media un contrato de servicios sanitarios o un contrato de seguro de asistencia sanitaria, y la responsabilidad extracontractual del 1.902 CC, cuando no media tal contrato. En el ámbito de los prestadores privados, las diferencias entre una y otra son evidentes: el plazo de prescripción de la acción para la exigencia de responsabilidad contractual es el general de quince años (artículo 1.964 CC) frente al plazo mucho menor de un año recogido en el artículo 1.968 CC en el caso de la responsabilidad extracontractual. De igual forma, en caso de participación de varios profesionales sanitarios, ya sea de forma colegiada, ya jerarquizada en la producción del daño, en caso de mediar contrato con el perjudicado se aplicaría la presunción de mancomunidad, salvo pacto en contrario, del artículo 1.137 CC, mientras que, en el supuesto de falta o imposibilidad de individualización del sujeto responsable, se ha acuñado jurisprudencialmente un criterio de solidaridad en el caso de la responsabilidad extracontractual. Como hemos visto en páginas precedentes y veremos en las que a continuación se suceden, estos binomios académicos básicos (“responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual”, “obligación de medios-obligación de resultado”, “mancomunidad como regla general-solidaridad como excepción”) se han visto frecuentemente superados por criterios jurisprudenciales como los de unidad de culpa civil o solidaridad impropia que, guiados por un loable criterio de justicia material, han producido ciertas dosis de inseguridad jurídica que han convertido la cuestión de la responsabilidad civil sanitaria en un auténtico *case-law* que origina, en ocasiones, una cierta impredecibilidad de la resolución judicial⁸⁵⁹. Ello no obstante, debe también reconocerse que

⁸⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil médico-

progresivamente va cristalizándose una doctrina jurisprudencial en la materia que, en todo caso, siempre exigirá estar al caso concreto ante la notable relevancia de los presupuestos fácticos que funda cualquier reclamación al respecto.

2.- LA CULPA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN Y LA “*LEX ARTIS AD HOC*” COMO PARÁMETRO DE LA DILIGENCIA DEL PRESTADOR.

2.1.- Responsabilidad por culpa y obligación de medios

En línea de principio y con las modulaciones a las que luego nos referiremos más detalladamente, podemos afirmar que la responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios tiene carácter subjetivo, de modo que para su exigencia debe intervenir un cierto nivel de culpa o negligencia en la conducta del prestador del servicio⁸⁶⁰. Como ya hemos tenido oportunidad de adelantar, la exigencia de culpa es directa consecuencia de la configuración de la actividad asistencial como obligación de medios, actividad o diligencia⁸⁶¹, de modo que es de

sanitaria al comienzo de un nuevo siglo.: Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, nº 1, 2001, pp. 35-50.

⁸⁶⁰ En la responsabilidad médica está presente, como en ningún otro ámbito, incluidas otras responsabilidades profesionales, la exigencia de la culpa de cara a la atribución o imputación de responsabilidad. De ahí que el juicio “diligencia-negligencia”, en el que se encuentra implícita también la cuestión relativa a la prueba de la culpa, resulte el elemento central en la mayor parte de los procesos en los que se ha debatido la procedencia de una indemnización [ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad civil médica” en REGLERO CAMPOS, Luis Fernando (Coord.) *Tratado de Responsabilidad Civil*, Vol. II, 5ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, Westlaw, BIB 2014\143, por donde citamos, p.26. El texto en edición impresa en pp. 331-430].

⁸⁶¹ En efecto, como ya hemos puesto de manifiesto, tradicionalmente nuestra jurisprudencia ha mantenido el criterio de que la responsabilidad profesional de los profesionales sanitarios viene determinada por el hecho de

aplicación el criterio, firmemente establecido por el Tribunal Supremo, por el cual la obligación médica no reside en la sanación del paciente sino en la puesta de los medios necesarios para obtener dicho resultado conforme la “*lex artis ad hoc*”⁸⁶². En estos casos de medicina curativa, la

tratarse de una obligación de medios y no de resultado. El listado de sentencias que califica la prestación médico-sanitaria como obligación de medios resulta interminable. Además de las citadas en el capítulo relativo al contrato de servicios sanitarios, valga por todas la doctrina de la STS de 8 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7548) que señala que “la obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación o sanidad del enfermo, o lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos 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 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*”)”.

⁸⁶² Este carácter subjetivo o culposo de la responsabilidad sanitaria en general y médico-hospitalaria en particular puede apreciarse en múltiples pronunciamientos jurisprudenciales. Así, cabe traer a colación diferentes ejemplos que hacen descansar la exigencia o liberación de responsabilidad en el concepto de culpa o negligencia: a) ante un supuesto de encefalopatía hipóxico-isquémica o asfixia intraparto y consecuente parálisis cerebral grave con tetraparesia, el TS declara la responsabilidad médica por la concurrencia de culpa negligencia. Se trataba de una elección inadecuada de parto ya que se intentó un parto vaginal tras uno anterior culminado con cesárea, lo que le convertía en un parto de riesgo que los ginecólogos deben conocer e identificar para evitar los problemas que pudieran derivarse, pues ello forma parte de su actividad [STS de 18 junio de 2013; RJ 2013, 4376]; b) se produce una metástasis tumoral diagnosticada tras ser sometida la paciente a quimioterapia y habérsele practicado varias pruebas con resultado normal. La paciente fallece por carcinomatosis peritoneal. Pese al resultado lesivo, el TS declara en este caso la ausencia de responsabilidad ante la inexistencia de negligencia del prestador que desplegó los medios asistenciales idóneos, conforme a la ciencia médica, para el tratamiento de la enfermedad y el restablecimiento de la salud de la paciente [STS de 23 marzo de 2006; RJ 2006, 1823]; c) Ante un tratamiento contra el acné un joven acaba padeciendo una diabetes irreversible. El TS declara la grave negligencia de los médicos al no realizar un seguimiento de los análisis periódicos de glucosa. Por otro lado, la determinación de los daños y perjuicios atiende a la gravedad de la

jurisprudencia ha venido considerando que el prestador debe responder en los términos previstos para el contrato de arrendamiento de servicios, extendiéndose la obligación de medios no sólo al tratamiento sino también al diagnóstico, de modo que el error de diagnóstico no generaría necesariamente responsabilidad siempre y cuando no se regateen los medios ordinarios y no resulte evidente a la vista de los síntomas⁸⁶³.

Existe en todo caso una amplia polémica sobre la relevancia de la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado. Esta distinción comienza en nuestro país utilizándose como argumento para diferenciar los contratos de arrendamiento de obra y de arrendamiento de servicios, atendiendo al tipo de obligaciones generadas por uno y otro, de modo que en el primero se ofrecería un resultado y en el segundo la realización de una actividad⁸⁶⁴. No obstante, pese a que siguen existiendo

negligencia y no sólo al daño producido [STS de 12 de febrero 2004; RJ 2004, 1127]; d) se produce un cuadro de insuficiencia respiratoria aguda, lesiones hipóxicas cerebrales, pelionefritis y hipocitenia facial y temblor en la mano derecha de la actora tras haber sido sometida a una operación de ligadura de trompas. El TS declara la existencia de una negligencia médica por falta del adecuado control médico, analítico y radiológico, condenando solidariamente a cirujano, anestesista y centro médico [STS de 12 de marzo 2004; RJ 2004, 2146].

⁸⁶³ Como señala ASUA GONZÁLEZ, Clara I., "Responsabilidad civil médica"..., ob.cit., p. 28, la exigencia de culpa o negligencia en el profesional sanitario como criterio de imputación de responsabilidad patrimonial se da tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual. Esta identidad de tratamiento se cifra en la utilización de los mismos parámetros para enjuiciar la diligencia-negligencia, de modo que no se considera en el plano extracontractual negligente una conducta que no lo sea en el contractual y viceversa.

⁸⁶⁴ Esta distinción entre obligación de medios y de resultado también se encuentra presente en el Derecho comparado: artículos 1.655 y 2.222 *Codice civile* italiano; artículos 1.137 y 1.147 del *Code civil* francés; artículos 1.154 y 1.207 del Código Civil portugués. En el caso alemán, el parágrafo 631 del BGB diferencia los contratos de servicios en los que no es exigible un resultado, del contrato de obra en el que se debe un resultado específico.

partidarios de la vigencia conceptual de la distinción⁸⁶⁵, se ha objetado que la misma resulta problemática dado que el carácter aleatorio del resultado, especialmente, en la práctica médica. La cuestión ha sido abordada en el artículo IV.C.-2:106 del DCFR⁸⁶⁶. La finalidad que persigue el precepto radica en facilitar la labor de los tribunales en la determinación de la naturaleza o carácter de la obligación comprometida por el deudor de servicios. La obligación será de resultado cuando se trate de un resultado declarado o, sin serlo, cuando fuera previsible por un cliente razonable. En los demás casos, el deudor compromete una obligación de medios que, por tanto, constituye la regla general de los contratos de servicios en defecto de pacto. En definitiva, pues, lo único que trata de aclarar el artículo IV.C.-2:106 es cuándo el deudor de servicios debe un resultado, sin que pueda desprenderse de su tenor literal que siempre deba uno⁸⁶⁷.

2.2.- La *lex artis ad hoc* en el ámbito médico-sanitario

Como parámetro de la diligencia del profesional, la denominada *lex artis ad hoc* engloba las reglas de actuación profesional del médico, esto es,

⁸⁶⁵ Por todos, BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº 2, 2014, pp. 50-74.

⁸⁶⁶ El artículo titulado (*Obligation to achieve result*) señala: “(1) *The supplier of a service must achieve the specific result stated or envisaged by the client at the time of the conclusion of the contract, provided that in the case of a result envisaged but not stated: (a) the result envisaged was one which the client could reasonably be expected to have envisaged; and (b) the client had no reason to believe that there was a substantial risk that the result would not be achieved by the service; (2) In so far as ownership of anything is transferred to the client under the service contract, it must be transferred free from any right or reasonably based claim of a third party. IV. A. – 2:305 (Third party rights or claims in general) and IV. A. – 2:306 (Third party rights or claims based on industrial property or other intellectual property) apply with any appropriate adaptations*”.

⁸⁶⁷ CRESPO MORA, M^a Carmen, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”...ob.cit., p.26.

las normas que constituyen la buena práctica clínica y la ortodoxia profesional en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Se convierte, de este modo, en un criterio valorativo de la corrección de cada concreto acto médico, de modo que “la culpa o negligencia médica surgen con dotación de suficiente casualidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario” (STS 3ª, de 9 de marzo de 1998; RJ 1998, 2656)⁸⁶⁸. En este

⁸⁶⁸ Debe tenerse en cuenta que la traslación mecánica del principio de objetividad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria podría provocar un resultado contrario al sentido común: que el que se sometiera a un tratamiento, del tipo que fuere, en un establecimiento sanitario, tendría asegurada una indemnización en el caso de que el resultado no fuera el deseado. Esta conclusión resulta contraria a lo razonable y a la concreta función del instituto indemnizatorio, pues, como se ha dicho en el ámbito del sector público, la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (STS de 19 de junio de 2001 -RJ 2001,10059-). Pero además, resulta contraria a la naturaleza de las cosas, ya que ni a la ciencia ni a la Administración les resulta posible garantizar, en todo caso, la salud del paciente. Por todo ello, la jurisprudencia viene señalando de forma reiterada que la actividad sanitaria no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado y lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a la *lex artis*. Por todas, cabe citar la STS 3ª de 10 de mayo de 2005 (RJ 2005,9332), cuyo fundamento de derecho cuarto indica: “(...) no es jurídicamente correcto entender que por el hecho de que una persona sea acogida en un centro hospitalario para ser sometida a tratamiento (lo que se llama ingresar en el sistema) y ser sometida efectivamente al mismo, hay que dar ya por establecido que por el mero hecho de convertirse en sujeto pasivo del tratamiento (funcionamiento normal) hay que indemnizarle si con ocasión –y no necesariamente por causa – de ese tratamiento resultare daño físico o psíquico para esa persona. Entender esto así es tan absurdo como sostener que el alumno que es admitido en un centro público de enseñanza (admisión que hace nacer la correspondiente relación de acogida en ese centro) y que después de cursar las asignaturas correspondientes (lo que crea la correspondiente relación de enseñanza con los distintos profesores) es suspendido al final de curso (resultado dañoso) tiene derecho a que se le indemnice por haber fracasado ese centro público de enseñanza, actuando a través de su personal de línea, esto es el profesorado. El centro de enseñanza y su profesorado están obligados a facilitar al alumno los medios necesarios para que no fracase cuando llegue el momento de la prueba final, pero no se

sentido, el TS ha declarado la ausencia de responsabilidad cuando no exista infracción de la *lex artis*, entendiendo por tal “este estado de los conocimientos científicos-técnicos en un ámbito determinado, como es el sanitario ahora considerado (...); es decir, todo aquello que un profesional debe conocer acerca de su materia y que, por tanto, es exigible que aplique al ejercer su profesión” (STS 3ª de 2 marzo 2010-RJ 2010, 3455)⁸⁶⁹. En definitiva, cuando del servicio sanitario se trata, si la actuación médica fue realizada conforme a la *lex artis*, es decir, con la aplicación correcta de los conocimientos profesionales al caso analizado, no habrá lugar a responsabilidad, pues el daño producido no sería antijurídico y, en consecuencia, faltaría uno de los presupuestos estructurales del instituto responsabilístico. De esta forma, constituye una constante jurisprudencial la referencia a la *lex artis ad hoc* como elemento modulador del deber de diligencia médica exigible⁸⁷⁰, de modo que su

compromete a garantizar que el examinando estará en condiciones de superar satisfactoriamente esa prueba. Pues bien, mutatis mutandis (o sea: cambiando lo que haya que cambiar) esto mismo ocurre en la relación hospitalaria entre el paciente y el centro público que lo acoge. Porque por más perfecta que sea la asistencia médica que se haya prestado a un paciente, hay multitud de causas que pueden determinar que una intervención quirúrgica fracase, entre otras razones, porque se está actuando sobre un cuerpo vivo, cuya complejidad, y también fragilidad, es patente”.

⁸⁶⁹ En el caso se produjeron durante el parto lesiones cerebrales, pero el TS desechó la exigencia de responsabilidad dado que ninguna de las circunstancias mencionadas por los recurrentes (duración del parto o no realización de la prueba de Ph) permite afirmar de manera indubitada que los profesionales que atendieron a la gestante vulneraron la *lex artis*

⁸⁷⁰ Respecto al nivel de diligencia exigible, no se impone el deber más alto posible, sino que es el grado medio, el del profesional médico medio, el que se toma como referencia para analizar y calificar la actuación. Por eso, el profesional sanitario no será responsable por los riesgos atípicos ni tampoco cuando en su actuación hubiera utilizado uno de los procedimientos o de las técnicas válidamente alternativas. Así, resulta necesario analizar las conductas en cada caso concreto, en virtud de las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, para determinar si su conducta o su pericia se ajusta a la diligencia exigida al profesional médico medio, en relación con los artículos 1104 y 1903 del Código civil (MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia

cumplimiento o vulneración resulta el elemento determinante de apreciación de la responsabilidad por culpa⁸⁷¹.

A los efectos de concreción de la *lex artis* conviene destacar la relevancia de los protocolos médicos en materia de responsabilidad por la asistencia sanitaria prestada⁸⁷². En este sentido, tales protocolos médicos tienen una indudable utilidad en la práctica médica dado que son fruto

médica y responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 8, 2003, p. 26).

⁸⁷¹ Así, proponemos tres ejemplos: a) pérdida de un ojo como consecuencia de una intervención de cataratas en el curso de la cual se produjo la rotura de la cápsula superior y un fragmento del cristalino pasó al segmento posterior. El TS declara que la carga de la prueba de que la actuación médica se efectuó conforme a la *lex artis* corresponde a la Administración a fin de poder probar que la lesión era inevitable y que el tratamiento era el adecuado, condenando a la correspondiente indemnización de los daños (STS 3ª 10 octubre 2007; RJ 2007,7321); b) fallecimiento por infección de hongo "aspergillus niger" en el hospital. Se declara que la asistencia sanitaria se ejecutó conforme a las normas de la *lex artis*, sin que se probara que la infección por aspergillus fuera adquirida en el hospital en el que la paciente fue intervenida, por lo que no existe responsabilidad (STS 3ª de 13 de abril de 2011; RJ 2011,3207); c) lesión cerebral irreversible de encefalopatía hipóxica-isquémica tras una intervención estética abdominoplastia como consecuencia de la incorrecta colocación del tubo de respiración endotraqueal. La STS de 29 de mayo de 2014 (RJ 2014,2835) declara la vulneración de la *lex artis* propia del médico anestesista, indicando que “es cierto que el acto anestésico es, por sí mismo, generador de un riesgo para la vida e integridad física del paciente y como tal es ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención quirúrgica, lo que impide confundir la simplicidad de una determinada afección que se trata de solventar con la intervención quirúrgica, que puede ser sencilla y no comportar riesgos para la salud del paciente, con la anestesia, sea general o regional, que comporta en sí misma un riesgo evidente pese a los progresos alcanzados en los últimos años y la consiguiente disminución de los riesgos en su aplicación (SSTS 22 de septiembre 2010; 20 de enero 2011). Pero lo que la recurrente omite es que la condena se produce no tanto por la existencia de un daño desproporcionado puesto que hay una causa que lo justifica, sino por el incumplimiento de las obligaciones propias de la responsabilidad demandada, o lo que es lo mismo, no estamos ante un riesgo propio de la anestesia, sino ante una incorrecta colocación del tubo de respiración endotraqueal y consiguiente vulneración de la *lex artis* propia del médico anestesista, como con acierto se razona en la sentencia, con base en la pericial médica y prueba documental”.

⁸⁷² Al respecto, cfr. GALÁN CORTÉS, Juan Carlos, *Responsabilidad civil médica...ob.cit.*, pp. 169-178.

del consenso profesional en el seno de sociedades científicas, se actualizan con el conocimiento y la experiencia adquirida en la práctica profesional y se someten al escrutinio y revisión de comisiones de expertos. De este modo, recogen el conjunto de recomendaciones sobre procedimientos diagnósticos a emplear ante todo paciente con un concreto cuadro clínico o sobre la actitud terapéutica más adecuada ante un determinado diagnóstico o problema de salud. La importancia de los protocolos ha tenido también la oportuna plasmación legislativa y así el artículo 4.7.b) LOPS dispone de forma expresa que “se tenderá a la unificación de los criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial. Los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar”. De este modo, los protocolos constituyen normas técnicas de *carácter orientativo* que deben ser objeto de revisión periódica pero en ningún caso participan del carácter de normas jurídicas, por lo que no limitan la libertad del médico en su toma de decisiones. Cabe incluso apartarse de los mismos si el facultativo entiende, según su experiencia, que el resultado buscado exige otra terapia y su actuación se encuentra fundada científicamente⁸⁷³. En

⁸⁷³ Así lo entiende el Tribunal Supremo en Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 14 marzo y 10 de mayo de 2005 (RJ 2005,3620 y RJ 2005,9332) en sus fundamentos de derecho tercero y cuarto respectivamente: “la medicina no suele presentar un único método, por más que la protocolización de los actos médicos invita a ajustarse a unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico, lo que no excluye que puedan existir –y así ocurre frecuentemente– otros métodos que, pese a no ser de uso generalizado, pueden ser igualmente utilizados, si en el caso concreto se considera que pueden ser más eficaces. Y no está de más añadir que, no sólo en el ámbito de la medicina, sino en otros muchos campos del saber

cualquier caso, en los supuestos en los que el facultativo se aparte de los protocolos, ante una hipotética reclamación la justificación de la desviación deberá ser rigurosa y exhaustiva⁸⁷⁴.

Jurisprudencialmente el seguimiento de los protocolos suele ser un criterio favorable para entender que la asistencia sanitaria fue conforme a la *lex artis*, exonerando al facultativo de responsabilidad. En este sentido, numerosos pronunciamientos judiciales valoran los protocolos como elemento probatorio clave en los procesos por responsabilidad sanitaria, pues la acreditación de su cumplimiento constituye una prueba de primer orden para considerar si el acto médico enjuiciado se ha ajustado o desviado de la *lex artis*. A título de ejemplo, la STS 3ª de 29 de marzo de 2006 (RJ 2006,4841) desestima reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de un paciente a consecuencia de una embolia pulmonar masiva por el tratamiento de fracturas mediante inmovilización que posteriormente generaron un cuadro tromboembólico. Entiende el Tribunal que el tratamiento inicial en el

humano, es precisamente el saber discrepante el que abre nuevos caminos a la ciencia y a su aplicación".

⁸⁷⁴ En este sentido declara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 9 de noviembre de 2001 (JUR 2002\53218), en su fundamento de derecho único: "porque aunque es cierto, como dicen la viuda e hijos del fallecido en su escrito de adhesión, que los protocolos médicos (...) no vinculan al Médico en todo caso (porque un paciente y un caso concretos pueden justificar una actuación diferente, porque los protocolos no señalan paso a paso y hora a hora cómo debe actuarse, porque aparecen nuevas técnicas y medios terapéuticos) y propician la práctica de una medicina autodefensiva por parte del profesional, no puede desconocerse la utilidad de tales protocolos para definir la *lex artis*, la dificultad de justificar, si hay resultado lesivo, una actuación fuera de protocolo, y que la "medicina defensiva" viene propiciada por la masificación de la asistencia médica, por la dificultad de organizar y coordinar tal medicina masiva y, también, por el creciente número de reclamaciones (no siempre justificadas) contra los Médicos, lo que no significa que deban ampararse bajo ello las imprudencias médicas, pero sí que no pueda condenarse, especialmente en vía penal, por supuestas imprudencias cuando, como en este caso, no están debidamente probadas".

servicio de urgencias fue el adecuado pues, “en este tipo de pacientes de urgencia no entra en el *protocolo habitual* el aplicar directamente tratamiento lantitrombótico, porque ni la edad del paciente ni el tipo de lesión que padecía ni los antecedentes que pudo manifestar verbalmente aconsejaban la aplicación de dicho tratamiento”. Se apoya, asimismo, en el protocolo médico correspondiente, la STS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001,3984) con ocasión de la reclamación formulada por una paciente embarazada de gemelos y afectada de diabetes gestacional contra el ginecólogo que la atendió por haberle prescrito cinco inyectables de celestone cronodose, sufriendo posteriormente una cetoacidosis diabética y la pérdida de los gemelos. La sentencia sostuvo que la actuación del ginecólogo fue correcta con fundamento en los protocolos médicos dictados sobre el particular, a los que se había ajustado⁸⁷⁵.

3.- RÉGIMEN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

3.1.- Planteamiento

Teniendo en cuenta que, como regla general, la responsabilidad sanitaria tiene carácter subjetivo, conviene poner de manifiesto que, de

⁸⁷⁵ En este sentido señala el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho primero: “tanto en los embarazos generales como en las diabetes gestacionales (supuestos que concurrían en la actora) aumenta considerablemente el riesgo de que ocurra un parto pretérmino; en tales casos, ante la probabilidad de que el parto se adelantara, está recomendada y protocolizada la administración de corticoides (colestone-cronodose) con el fin de acelerar la madurez fetal, requisito imprescindible para la viabilidad de un feto prematuro. Asimismo consta acreditado que en el momento de conocer el ginecólogo demandado que la actora presentaba una diabetes gestacional, la remitió al especialista en endocrinología para completar su tratamiento con insulina. Es decir, la prueba practicada pone de manifiesto que el demandado señor P. V. actuó de acuerdo con las reglas de la ciencia médica aplicables al caso y atendidas las condiciones de su paciente, por lo que no puede imputársele conducta negligente alguna generadora de responsabilidad”.

acuerdo con las reglas generales de distribución de la carga probatoria, corresponde al reclamante probar la existencia del daño y que éste haya sido consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios, en aplicación de lo previsto en el artículo 217 LEC⁸⁷⁶, que acoge como regla general el viejo brocardo *incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*. No obstante, en el ámbito sanitario, la jurisprudencia ha flexibilizado el rigor de este principio en determinados supuestos, aplicando en beneficio del usuario perjudicado diferentes criterios moduladores que se expondrán a continuación y que suponen una alteración de la regla general expuesta⁸⁷⁷.

3.2.- Criterio del daño desproporcionado

La doctrina del daño desproporcionado supone que si en un tratamiento médico o intervención quirúrgica se produce un daño que no guarda proporción con la enfermedad o la lesión que llevó al paciente a acudir al prestador, aunque el reclamante no logre acreditar la causa, el

⁸⁷⁶ La regla general consiste en que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Por ello, será el demandante quien deba probar la realidad de los hechos y el nexo causal existente entre la conducta negligente del facultativo y el daño sufrido. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Supremo, por todas, STS de 25 de junio de 2003 (RJ 2003, 4261).

⁸⁷⁷ Una panorámica general de la problemática que representa la cuestión probatoria, puede verse en DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996; LUNA YERGA, Álvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004; LLAMAS POMBO, Eugenio, "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en MORENO, J. A., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coordinada por Dykinson. Madrid, 2000, pp. 297-322; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Prueba de la culpa médica*, Edit. Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 1993; GARCÍA VARELA, R., La carga de la prueba en los procesos por responsabilidad médica", *La Ley*, nº 1, 1998, pp. 1928-1929.

resultado desproporcionado prueba el nexo causal, salvo que se acredite la diligencia del facultativo. Se trata en este sentido, de una derivación de la regla anglosajona “*res ipsa loquitur*”, de la regla “*Anscheinsbeweis*” o apariencia de la prueba de la doctrina alemana o de la regla de la “*faute virtuelle*” o culpa virtual de la doctrina francesa, que vienen a significar que, producido un resultado dañoso que habitualmente sólo es posible mediando una conducta negligente, responderá su agente, salvo que pruebe que la causa ha estado fuera de su esfera de acción⁸⁷⁸. En este sentido, si bien viene utilizándose desde los años noventa por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la doctrina del daño desproporcionado fue definida en la STS de 19 de julio de 2001 (2001, 5561) estableciendo “cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente, no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba”.

⁸⁷⁸ Esta construcción doctrinal fue aplicada por primera vez en la jurisprudencia de Estados Unidos, concretamente en 1863, por el juez Pollock en el caso *Byrne v. Boadle*. En Europa no será aplicada hasta 1960, por la *Cour de Cassation* francesa en sentencia de 28 de junio de 1960, en un supuesto de radiodermatitis sufrida por un paciente como consecuencia de la radiación emitida por un aparato de rayos X, cuyas puertas protectoras no estaban bien cerradas. En España fue acogida por primera vez por la Sala Primera del Tribunal Supremo a partir de una sentencia de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 8938), en el caso de una paciente que quedó con tetraparesia espástica tras una hemorragia sufrida a raíz del parto (Cfr. SALAS CARCELLER, Antonio, “La doctrina del daño desproporcionado en la exigencia de responsabilidad civil derivada del acto médico. Comentario sobre la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 7, 2007, p.338 y VICANDI MARTINEZ, Arantzazu, “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial”, *Nomos*, nº 3, 2009, p.222).

En relación con lo que haya de entenderse por “daño desproporcionado” se ha considerado que el mismo ha de resultar un daño “anómalo”, “llamativo” o “clamoroso”. Así, las STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789) y la STS de 8 de julio de 2009 (RJ 2009\4459), definen el daño desproporcionado o resultado “clamoroso” como:

“aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el “*onus probandi*” de la relación de causalidad y la presunción de culpa”.

Sin embargo, en la jurisdicción contencioso-administrativa la doctrina del daño desproporcionado comenzó a aplicarse más tarde que en la jurisdicción civil. La primera sentencia que la acoge es la STS, 3ª, de 16 de diciembre de 2003 (RJ 2003\8537) que se refería a las “consecuencias desmesuradas” originadas por una intervención de hernia de hiato que fueron “mucho más allá de lo previsible” y que “no son la

consecuencia normal de la operación”⁸⁷⁹. Sentadas las bases argumentales de la doctrina en la jurisdicción civil, pronto se ha afianzado y consolidado en la jurisdicción contenciosa⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María, “El daño desproporcionado”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p.243.

⁸⁸⁰ La STS 3ª de 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194) define la doctrina del daño desproporcionado trasladada al ámbito contencioso administrativo: “A este fin hemos de recordar que la doctrina jurisprudencial “del daño o resultado desproporcionado”, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, como señalábamos en nuestra Sentencia de 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación núm. 3536/2.007), «en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”.

Por su parte, la STS 3ª 12 de noviembre de 2012 (RJ 2013\135) relata la evolución de la doctrina en la jurisdicción civil antes de surgir en el ámbito contencioso y la relaciona con la concurrencia de un daño “clamoroso”: “La doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” llegó a nuestra Jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal quien a partir de sentencias del año 1996, la utilizó como criterio de valoración e imputación de la responsabilidad extracontractual en el ámbito sanitario. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concorra además relación causal y que entre dentro de la esfera de actuación de éste, cabía deducir sin duda alguna que existía conducta negligente, y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad se fue afianzando - STS Sala Primera Civil de 8 de Mayo de 2003, sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Y es que no cabía exclusivamente citar tal doctrina por el recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por parte del demandado no se ofreciera y probara mediante prueba pericial de forma suficiente y fehaciente que el facultativo había tenido y seguido una actuación profesional acomodada a la “lex artis ad hoc”. En el caso de daño desproporcionado o resultado clamoroso el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (STS Sala Primera Civil de 10 de junio de 2008)”.

Con posterioridad, son numerosísimas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha aplicado la doctrina del daño desproporcionado en el

En sentido, la esencia de la doctrina del daño desproporcionado radica justamente en la alta inusualidad de éste en relación con la asistencia sanitaria prestada, lesión para la cual el prestador no es capaz de ofrecer una explicación coherente. En el fondo, la aplicación de esta doctrina implica la inversión relativa de la carga de prueba, haciendo recaer sobre el demandado la obligación de probar que su actuación no ha sido la causante del daño o bien que actuó conforme a las normas de la buena práctica médica. Precisamente por ello, en ningún caso se trata de una teoría que consagre una responsabilidad objetiva⁸⁸¹, tal y como ha precisado el Tribunal Supremo, entre otras, en la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\646):

“esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2

ámbito de la jurisdicción contencioso administrativo. Entre otras: STS de 20 septiembre 2005 (RJ 2005\7503) en la que el Tribunal declara evidente desproporción entre el acto médico realizado consistente en una resección traqueal y el daño plasmado en tetraplejia de la enferma; STS de 27 de junio de 2008 (RJ 2008\6698), que apreció daño desproporcionado, declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración ante una falta de explicación satisfactoria por la misma sobre la causa de los problemas neurológicos de un recién nacido causado en el parto.

⁸⁸¹ En este sentido, SANCHEZ GARCÍA, Marta María, “El daño desproporcionado”,..., ob. cit., pp. 252 y 253, señala que la doctrina del daño desproporcionado no justifica un sistema absoluto de responsabilidad objetiva, sin culpa o negligencia del profesional sanitario, como tampoco constituye una absoluta inversión de la carga de la prueba “y ello porque a quien ejerce la acción (el paciente) en todo caso le corresponde la prueba de un daño cierto, real, efectivo, así como el hecho de su desproporción. (...). Pero desde el mismo momento en el que se permite al profesional médico explicar la causa del daño, exonerándose de responsabilidad, no se trata de una objetivación absoluta de la responsabilidad sino de una presunción de culpa deducida del resultado desproporcionado y no contradicho por hechos acreditados mediante prueba pericial. Una presunción “iuris tantum” de culpabilidad o responsabilidad médica”.

de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002: «el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión»”.

Los pronunciamientos jurisprudenciales de ambas jurisdicciones han ido perfilando los diferentes requisitos exigidos para aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, de modo que se exige un daño inusual en relación con la asistencia sanitaria prestada, sin que el facultativo ofrezca una explicación satisfactoria de la causa del mismo; que el daño tenga lugar en el ámbito de actuación del médico, esto es, teniendo éste el control sobre el medio en el que se produce y, por último, que el paciente no haya intervenido en la producción del daño. *Sensu contrario*, deben excluirse determinados supuestos:

a) No puede calificarse de desproporcionado el daño encuadrable dentro de los *riesgos inherentes al tipo de intervención* del que se trate⁸⁸². En este sentido se pronuncia la STS 3ª de 6 de abril de 2015 (RJ 2015,1508) cuando señala que:

⁸⁸² Como señala ALBI NUEVO, Julio, “La carga de la prueba en los procedimientos de Responsabilidad sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p. 271, la propia definición de daño desproporcionado indica que se trata de algo excepcional, de modo que, “por definición, cualquier riesgo que se contempla en un consentimiento informado, no puede ser un daño desproporcionado y debe ser tal el contraste entre el resultado dañoso y la actuación que no debe ofrecer prácticamente dudas respecto al mismo”.

“[L]a doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" se aplica cuando tal resultado lesivo causado no se produce normalmente, o no guarda relación o proporción con entidad de la intervención y no era previsible, es inesperado e inexplicado por la demandada, pero es inasumible -por su desproporción- ante lo esperable de la intervención. Esto integra su antijuridicidad, cerrándose el paso a la posibilidad de pretextar un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado. De esta manera no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución”⁸⁸³.

b) Tampoco cabe invocar la doctrina del daño desproporcionado cuando la lesión producida constituye *un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable*. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, la STS 3ª de 9 de marzo de 2011 (RJ 2011,2026), al señalar que “en todo caso la sentencia no ha vulnerado ese principio porque valorando la prueba no entiende que se haya producido esa circunstancia de existir un daño desproporcionado por cuanto es jurisprudencia reiterada de esta Sala la que expresa que no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión

⁸⁸³ La jurisdicción civil, igualmente, excluye la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado si se ha observado la *lex artis* y el daño resulta atribuible a los riesgos propios de la intervención. Por ejemplo, STS de 24 de noviembre de 2005 (RJ 2005\7855): “ningún reproche culpabilístico se deriva de este hacer médico, incluso del que pudiera resultar de la aplicación de la técnica del llamado daño desproporcionado, o de la circunstancia evidente, del que se desprende la culpabilidad de su autor, como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba para desplazar sobre el médico demandado la demostración de su propia diligencia, puesto que el daño se explica de forma coherente y convincente en razón a la grave enfermedad que produjo el ingreso del actor en el Centro Sanitario, y la posterior, necesaria y complicada intervención quirúrgica”.

padecida por la interesada como consecuencia de la intervención a que fue sometida constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, como informan los peritos, de modo que lo ocurrido no puede considerarse como un daño desproporcionado atendiendo a las características de la intervención que se practicó”.⁸⁸⁴

c) Finalmente, no procede la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado cuando éste se produzca *fuera del ámbito de actuación del profesional sanitario*. Así, la STS de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005\6389) señala que “la doctrina del daño desproporcionado) no es de aplicación al supuesto debatido, al no quedar demostrado en autos que la parálisis facial surgida al demandante se haya producido por una acción u omisión integrada en el ámbito de la actuación quirúrgica del médico”⁸⁸⁵.

3.3.- Criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria

⁸⁸⁴ En relación con esta línea jurisprudencial, tiene interés el voto particular de la STS de 31 de enero de 2003 (RJ 2003\646), referida al caso de una intervención de hemorroides y fisura anal, quedando como secuela definitiva incontinencia anal parcial consistente en incontinencia anal parcial, daño que se declara desproporcionado. Señala el voto particular: “si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo es consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfinterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como «resultado desproporcionado» equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado.”

⁸⁸⁵ El mismo criterio mantiene la STS de 19 de octubre de 2007 (RJ 2007\7308), la cual en el caso del fallecimiento de un menor tras ser intervenido de amigdalitis considera que: “(la doctrina del daño desproporcionado) no resulta de aplicación, por desproporcionado que parezca el daño, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20; 23 de marzo 2001; 24 de noviembre de 2005), al no poder atribuírseles cualquier consecuencia, por nociva que sea, que caiga fuera de su campo de actuación (STS 13 de julio 1987). Insisten en la misma línea jurisprudencial las SSTS de 30 de junio 2009 (RJ 2009\6460); 22 de septiembre 2010 (RJ 2010\7135) ó 27 de diciembre de 2011 (RJ 2012\166).

Este criterio, también denominado “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, descansa en el principio *favor probationis* de modo que la carga de la prueba pesa sobre la parte que está en mejores condiciones procesales para aportarla. Así ha sido incorporado al artículo 217.6 LEC, conforme al cual “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”⁸⁸⁶. Ello permite alterar la carga de la prueba de la culpa en atención a las circunstancias del caso para permitir concluir que la mayor facilidad y posibilidad de acceso a los elementos de prueba por una de las partes, en nuestro caso, el prestador del servicio sanitario, debe hacer que sea ésta quien despeje las dudas e incertidumbres en relación con el hecho controvertido. Este criterio supone que, si quien puede fácilmente probar no lo hace, debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba.

Así, resulta posible citar diversos pronunciamientos judiciales que acogen este criterio en el ámbito sanitario. Tal es el caso, por ejemplo, de la STS de 8 noviembre 2007 (RJ 2007\8253), que declaró la responsabilidad solidaria de la aseguradora y del médico que practicó una sesión de “láser argón”, perdiendo la paciente la visión de un ojo. Para ello invierte la carga de la prueba de la culpa en aplicación del principio de facilidad y disponibilidad probatoria. Otro ejemplo es el consignado en la STS 3ª de 2 de noviembre de 2007 (RJ 2008\463) que aprecia la

⁸⁸⁶ Este precepto, que recoge el criterio previamente fijado por la jurisprudencia del TS, distingue entre disponibilidad probatoria, según la cual es la contraparte la que posee el medio probatorio o, incluso gozando la parte de medios probatorios, los mismos tienen menor entidad para probar que los que únicamente dependen de la voluntad de la otra y facilidad probatoria que implica que si bien la parte podría aportar la prueba de los hechos que le incumben, la contraparte se encuentra en mejor posición para producirla (PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfecta o satisfactoria” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dykinson S.L, 2010, pp. 571 y 572).

responsabilidad patrimonial de la Administración por el nacimiento de una niña con parálisis cerebral debido a sufrimiento fetal en el parto, no apreciado por los médicos, sin que se adoptaran todos los medios posibles para evitarlo. La sentencia aplica el principio de disponibilidad probatoria, considerando que una lógica valoración de la prueba no permite que la Administración, causante de la falta de aportación de una prueba decisiva para la determinación de los hechos, resulte beneficiada de dicha ausencia. Del mismo modo, la STS 3ª de 14 junio de 2011 (RJ 2011\5294) condena a la Administración sanitaria por los daños derivados a causa del tratamiento tardío por infección sobrevenida. En virtud del artículo 217.6 LEC, invierte la carga de la prueba del nexo causal y la observancia de la *lex artis*.

3.4.- Criterio de la probabilidad cualificada

El criterio de la probabilidad cualificada supone un elemento modulador de la *onus probandi* dado que bastaría un juicio de probabilidad estadística para asumir la responsabilidad del prestador, descargando de la prueba al reclamante, por ser la parte con mayor dificultad de prueba por la falta de disponibilidad o proximidad con la fuente de la misma. Así, en aquellos casos en los que resulta imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el órgano judicial puede dictar sentencia condenatoria dando por probado dicho nexo causal cuando los elementos de juicio que le son suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad, sobre todo de cuando se trata de una probabilidad cualificada entendida como probabilidad cercana a la certeza⁸⁸⁷. Precisamente en el grado de

⁸⁸⁷ Para evitar imputaciones subjetivas, debería adoptarse algún criterio objetivo que mida la adecuación entre la causa y el efecto, explicando la probabilidad de que una determinada causa venga seguida por un cierto

probabilidad exigido se centra uno de los principales problemas de esta doctrina⁸⁸⁸. En este sentido, en el sistema del *common law* de responsabilidad por daños (*tort law*) la relación de causalidad se decide a través de un juicio de aceptabilidad, denominado *balance of probabilities* con el que se trata de averiguar, atendidas las circunstancias del caso, qué era más probable, que se produjera el perjuicio o que tuviera lugar su contrario (*more probable than not*); si la prueba alcanza el umbral del 51%, se responderá de la lesión, pero, en cambio, si la probabilidad es sólo del 49%, no hay causalidad, por lo que, en principio, la víctima no percibe indemnización alguna⁸⁸⁹. Por el contrario, en el Derecho europeo continental el porcentaje de probabilidad es notablemente más alto: el umbral de convicción, persuasión o certidumbre se sitúa por encima del 80% como regla general⁸⁹⁰.

resultado (ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad civil: nexos causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 154 y ss). En este sentido, por ejemplo, la STS de 12 de septiembre de 2007 (RJ 2007\4984), confirma un supuesto en que la sentencia de apelación “no establece esta relación causal a través de simples conjeturas, sino a partir de un juicio de probabilidad basado en un hecho objetivo como es la omisión por parte del centro hospitalario de los medios que debieron ponerse al alcance del enfermo”.

⁸⁸⁸ Desde el punto de vista doctrinal, MEDINA ALCOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 30, 2009, p. 396 diferencia tres hipótesis: oportunidad genérica, imperfecta, simple o inespecífica (inferior al 15 %), oportunidad específica o cualificada (entre el 15% y el 80%) y oportunidad superespecífica, supercualificada o perfecta (superior al 80%).

⁸⁸⁹ MEDINA ALCOZ, Luis “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual); la doctrina de la pérdida de oportunidades”,..., ob.cit., pp. 67-68.

⁸⁹⁰ GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica*,... ob.cit., p. 397. MEDINA ALCOZ, Luis “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual); la doctrina de la pérdida de oportunidades”,..., ob.cit., p.68.

La probabilidad cualificada como prueba del nexo causal ha sido aplicada en numerosas ocasiones por nuestros Tribunales. Así, por ejemplo, cabe citar la STS de 23 de diciembre de 2002 (RJ 2003\914), en la que se determina que “el resultado lesivo (parálisis cerebral infantil) que sufre el recién nacido tiene por causa un sufrimiento fetal agudo, lo que constituye un hecho indiscutible. Y tal sufrimiento tiene su causa en una encefalopatía hipoxio-isquémico producida por un período expulsivo prolongado, y esta apreciación es la que constituye un juicio de probabilidad cualificado que adquiere plena «certeza procesal» ante la conducta de inactividad o pasividad probatoria de la referida parte demandada.” Otro ejemplo de aplicación del referido criterio probatorio podemos encontrarlo en la STS de 5 de enero 2007 (RJ 2007\552), cuando señala que “de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia recurrida se desprende que concurre un nexo fenomenológico entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido como consecuencia de una infección sufrida por una bacteria que, con un grado de probabilidad cualificada, suficiente para entender establecido el nexo de causalidad, se encontraba en el hospital, como demuestra el hecho de que se había hecho resistente por la administración de antibióticos”.

Uno de los riesgos de esta doctrina radica en que pueden llegar a darse por probados daños sin alcanzar ese grado suficiente de probabilidad, pues su aplicación, en esencia, consiste en un cálculo de probabilidades. Por ello, la aplicación de este criterio debe quedar limitado a los supuestos de una alta probabilidad causal, aunque, obviamente, sin alcanzar el nivel de certeza, dado que en tal caso los hechos quedarían plenamente acreditados

3.5.- Criterio de la pérdida de oportunidad para los casos de probabilidad no cualificada

3.5.1.- Régimen general

La doctrina de la pérdida de oportunidad constituye una variante del criterio anterior pero reservada a supuestos de probabilidad no cualificada. Frente al criterio de probabilidad cualificada, que constituye un sistema de “todo o nada”, en la medida en que, concurrente la probabilidad hay una reparación total del daño, el criterio de la pérdida de oportunidad implica una minoración de la indemnización en supuestos en los que, precisamente, la probabilidad de que el hecho dañoso fuera *condicio sine qua non* no alcanza el umbral de certidumbre. La doctrina de la pérdida de oportunidad entra en juego, en el ámbito del *common law*, cuando las probabilidades de causalidad no superan el umbral del 50% (*less-than-even-chances*); y, en la cultura jurídica europea continental, cuando tales probabilidades no llegan al umbral del 80%. Si tales niveles se alcanzan, habrá de afirmarse la causalidad, pero si no, habrá de entenderse que la conducta no fue *condicio sine qua non* de la falta de obtención de la ventaja apetecida, pudiéndose entonces plantear una hipótesis de pérdida de chance⁸⁹¹.

En efecto, esta doctrina, de origen francés (*perte de chance*)⁸⁹², centra su aplicación en aquellos supuestos en los que no puede establecerse si

⁸⁹¹ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Madrid, 2007, p. 289. También en “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”,...,ob.cit. p. 68, También en GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica*,... ob.cit., p. 397.

⁸⁹² Se atribuye su primera formulación al *Arrêt de la Cour de Cassation* de 17 de julio de 1889 que conoció de la negligencia de un ujier de un juzgado que impidió la tramitación de un procedimiento. Nótese que la resolución del citado procedimiento no aseguraba un resultado favorable para el actor pero la actuación culposa del ujier provocó la *perte de chance* de una resolución estimatoria. Más tarde, se utilizaría la doctrina en el *Arrêt de la Cour de*

una determinada conducta ha provocado un daño, pero se considera que, con el comportamiento debido, hubiera existido una posibilidad razonable de que el resultado lesivo no se hubiera producido. Lógicamente, al igual que en el criterio de la probabilidad cualificada el problema radica en la determinación del porcentaje que permite la consideración de la pérdida de chance. En este sentido, debiéramos entender que tal umbral debiera situarse por debajo del exigido para la probabilidad cualificada, siendo problemático cuál es el mínimo exigible en cada caso⁸⁹³. En nuestra jurisprudencia, a diferencia de lo que ocurre

Cassation de 17 de marzo de 1911, en relación con un representante procesal que se abstuvo de ejercitar la acción. La plena consolidación de la doctrina tuvo lugar con ocasión del *Arrêt* de 26 de mayo de 1932, sobre la actuación negligente de un notario (Cfr. CHABAS, François, “Cent ans de responsabilité civile”, *Gazette du Palais*, nº 236-237, 2000, p. 21). También se aplica en Estados Unidos la llamada “*loss of chance doctrine*” a partir de la Sentencia de la *United Court of Appeals for the Fourth Circuit* de 27 de octubre de 1966 recaída en el caso *Hicks v. United States* (1966) [368 F2d 626], relativo a un paciente, el señor Hicks con vómitos y dolores abdominales. Rápidamente, el médico le diagnostica gastroenteritis, recetándole determinados medicamentos. De vuelta a casa, el paciente volvió a vomitar, desmayándose, sin que se consiguiera su reanimación. En realidad padecía una oclusión intestinal que fue mortal por no tratarse a tiempo. En este caso la sentencia de la Corte aprecia la actuación culpable y declara la responsabilidad médica por pérdida de la posibilidad sustancial de supervivencia (“*substantial possibility of survival*”). Así la sentencia señala que: “*When a defendant's negligent action or inaction has effectively terminated a person's chance of survival, it does not lie in the defendant's mouth to raise conjectures as to the measure of the chances that he has put beyond the possibility of realization. If there was any substantial possibility of survival and the defendant has destroyed it, he is answerable.*” Sobre la pérdida de oportunidad en Estados Unidos, cfr. KIN, Joseph H., “Reduction of likelihood reformulation and other retrofitting of the loss-of-a-chance doctrine”, *University Memphis Law Review*, nº 28, 1998, pp. 491-559.

⁸⁹³ Sobre los umbrales mínimos existen dos importante *leading cases* en el ámbito anglosajón. En primer término en el Reino Unido, la Sentencia de la *House of Lords* de 27 de enero de 2005 dictada en el caso *Gregg v. Scott* [2005 UKHL 2], resuelve el caso de un retraso en el diagnóstico de linfoma no Hodgkin. Dicha demora produjo que las posibilidades de sobrevivir se redujeran de un 45% a un porcentaje de un 25%. La decisión de instancia fue desfavorable al demandante, puesto que el porcentaje inicial de curación no superaba el estándar mínimo de un porcentaje igual o superior al 50%. Esta

en otros países, no está fijado un determinado porcentaje de pérdida de oportunidad para aplicar esta doctrina y dar por probado el nexo causal, sino que suele emplearse para determinar a la cuantía de la indemnización⁸⁹⁴.

De este modo, la pérdida de oportunidad surge en aquéllos casos en los que el perjudicado únicamente es capaz de demostrar que las posibilidades de obtener una ventaja o beneficio hubieran sido considerables de haberse observado el comportamiento adecuado⁸⁹⁵. En

sentencia será apelada ante la *House of Lords* donde la mayoría confirmó la decisión de primera instancia, considerando que una pérdida de oportunidad inferior al 50% de probabilidad estadística no es susceptible de generar responsabilidad por ausencia del nexo causal (*"the traditional principle that a claimant must have had more than 50% chance of survival to establish causation in order to satisfy the balance of probabilities test"*).

Similar criterio han seguido los Tribunales de Estados Unidos. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de Kansas de 2002 en el caso *Pipe v. Hamilton* (2002) -WL 31431631- en un diagnóstico tardío de tejido estomacal gangrenado, señala que la pérdida de oportunidad del 10% es insuficiente para generar responsabilidad, ya que es necesaria una pérdida de oportunidad sustancial o apreciable. También el Tribunal Supremo de Nevada en el caso *Perez v. Las Vegas Medical Center* (1991), -107 Nev. 1, 805 P.2d 589 (1991)- señaló sus dudas sobre el hecho de que *"a 10 percent chance of survival as referred to in the example in the dissenting opinion would be actionable. Survivors of a person who had a truly negligible chance of survival should not be allowed to bring a case fully through trial. Perhaps more importantly, in cases where the chances of survival were modest, plaintiffs will have little monetary incentive to bring a case to trial because damages would be drastically reduced to account for the preexisting condition."*

⁸⁹⁴ De este modo, una vez acreditada la concurrencia de pérdida de oportunidad, se ajusta el *quantum* indemnizatorio a la pérdida efectiva sufrida por el paciente, para lo que puede acudir entre otros elementos, a la estadística científica Cfr. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, "La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Doctrina general y evolución en Derecho comparado" en MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José (Coord.), *La pérdida de oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial: aspectos médicos, jurídicos y jurisprudenciales*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006, p. 82.

⁸⁹⁵ Así, la doctrina de la pérdida de oportunidad resulta aplicable en los supuestos de exigencia de responsabilidad a profesionales a los que corresponde una obligación de medios, de modo que el incumplimiento de su obligación se producirá, no por la insatisfacción del cliente en cuanto al

este sentido, pese a la inexistencia de un reconocimiento jurídico-positivo expreso, la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad por la asistencia sanitaria ha tenido una amplísima acogida tanto por parte de los tribunales de justicia como por el Consejo de Estado, recepción por otra parte motivada por la propia naturaleza de la realidad sobre la que recae pues, dada la multitud de causas a las que puede obedecer el daño sufrido por el paciente, es en este tipo de responsabilidad donde mayor dificultad muestra la prueba del nexo causal⁸⁹⁶.

resultado obtenido, sino por el desarrollo de la actividad sin la diligencia requerida. Este es el caso de la actividad de los abogados y procuradores, ámbito en el que ha tenido amplia acogida la teoría de la pérdida de oportunidad, entre otras, STS de 26 de enero de 1999 (RJ 1999, 323), STS de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000, 842); STS de 8 de abril de 2003 (RJ 2003, 2956); STS de 5 de junio de 2013 (RJ 2013, 497) o STS de 14 de julio de 2005 (RJ 2005\6532), la cual indica que “la indemnización procedente no puede cifrarse, como inicialmente postula el recurrente, en la valoración del hipotético daño sufrido al no llegar a obtener sentencia favorable a sus intereses por la resolución de fondo del recurso -resultado incierto en cuanto pendería de la estimación o desestimación final del mismo, fuera de los casos de notorio error en la resolución recurrida- sino en el perjuicio o daño moral sufrido por la pérdida de la oportunidad procesal que comporta la posibilidad legal de acudir a una instancia superior para mantener determinadas pretensiones que se consideran de justicia”.

⁸⁹⁶ Como señala ASENSI PALLARÉS, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p. 233, “ante las dificultades probatorias del nexo de causalidad en los procesos de responsabilidad médico sanitaria, el juzgador rebaja el estándar ordinario de prueba. Es posible que sea la solución más equitativa”. En este sentido, señala como argumentos de dicha equidad que “por un lado, impide liberar al agente dañoso por dificultades probatorias y, por otro, le obliga a reparar un daño sólo en proporción a la incidencia de su actuación en el menoscabo causado”. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”; en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Coord.), *Derecho de daños*, Sepin, Madrid 2011, pp. 195-226, sostiene que un sistema realmente estricto con la causalidad dejaría sin indemnización muchos casos de daños efectivamente causados, y con ellos no se cumpliría la función reparadora de la responsabilidad civil. Del mismo modo, desde la teoría de los “fallos recurrentes o repetidos” (“*recurring wrongs*”) se ha criticado la ineficiencia de la teoría del “todo o nada” incluso desde la perspectiva del propio profesional

Así las cosas, una de las primeras resoluciones en las que se acoge la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario es la STS de 10 de octubre de 1998 (RJ 1998\8371), referida al caso de un trabajador que, tras sufrir la amputación de una mano, perdió la oportunidad de que le fuera reimplantada, debido a las condiciones en que se produjo su transporte al hospital. La mano llegó en un avanzado estado de congelación que impidió el éxito de la operación realizada, pero no podía atribuirse al profesional sanitario el fracaso de la operación realizada, porque ésta podría haber resultado fallida aunque la mano hubiera llegado al hospital en óptimas condiciones. El Tribunal declarará que al demandado “no se le puede más que imputar la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas”⁸⁹⁷.

Particularmente debe tenerse en cuenta que la doctrina de la pérdida de oportunidad no sólo constituye una herramienta de relativización del régimen general de la carga de la prueba que permite el

médico “porque deja de incitarle a actuar con mayor diligencia –es decir, a modificar sus métodos y procedimientos–, pues nunca estará obligado a afrontar una indemnización. Cuando, en cambio, las probabilidades alcanzan el dintel de certeza, el sujeto estará sobreincentivado porque la regla del todo o nada le fuerza siempre a reparar la totalidad del daño. En cambio, si, con base en una regla de reparación proporcional, se obliga al agente a indemnizar en la medida de la probabilidad de que fuera causante adoptará las adecuadas precauciones porque estará incentivado en una medida óptima, justa y equilibrada (MEDINA ACOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”,..., ob.cit. p. 47). GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica*,... ob.cit., p. 397 califica la doctrina como “remedio ante la incertidumbre causal”.

⁸⁹⁷ Asimismo, esta doctrina ha sido acogida con gran profusión por la Audiencia Nacional en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Entre otras, SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, SAN de 13 de noviembre de 2002 (JUR 2003\252011); SAN de 5 de noviembre de 2003 (RJCA 2004/274); SAN de 11 de octubre de 2005 (JUR 2006/122656) o SAN de 15 de febrero de 2006 (JUR 2006/119520).

reconocimiento de responsabilidad. También se configura como un criterio de reducción de la cuantía de la indemnización inicialmente solicitada por el reclamante. En este sentido, se traduce en un mecanismo de responsabilidad proporcional en virtud del cual se reconoce al perjudicado una indemnización de la que se descuenta una parte proporcional al grado de incertidumbre constituida por la probabilidad de que el agente dañoso no fuera, en verdad, causante del padecimiento. Indemnizar la oportunidad perdida no es más que restar de la estimación pecuniaria del daño final (del daño incierto o eventual, es decir, de la ventaja frustrada) el margen de incertidumbre respecto a su enlace causal con la conducta del agente dañoso⁸⁹⁸.

Esta reducción de la cuantía indemnizatoria por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad se lleva a cabo, por ejemplo, en la conocida STS 3ª de 7 de julio 2008 (RJ 2008\6872). En este caso el reclamante sufrió un accidente por descompresión mientras practicaba buceo con escafandra y quedó probado que este tipo de contingencias exige actuar con la máxima celeridad, introduciendo al afectado en una cámara hiperbárica. Sin embargo, se tardó once horas en aplicar el tratamiento correcto, quedando el interesado inválido. El Tribunal reconoce la responsabilidad de la Administración por aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, precisando que “en el presente caso, aquel principio no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales

⁸⁹⁸ MEDINA ACOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”,..., ob.cit. p. 47, quien señala que por eso se dice que “la incertidumbre del resultado se refleja en el valor económico de la posibilidad perdida”.

padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno”⁸⁹⁹.

En cualquier caso, desde la primera Sentencia de 10 de octubre de 1998, antes citada, nuestros Tribunales vienen aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad al ámbito sanitario, dando lugar a una abundante jurisprudencia cuyos supuestos más frecuentes son los de error de diagnóstico, diagnóstico tardío o falta de diagnóstico. Se trata de casos en los que la actuación del médico no causa el daño pero limita las posibilidades de curación. Es por ello que, a diferencia de lo que sucede cuando aplicamos la teoría de la probabilidad cualificada, en la pérdida de oportunidad el daño indemnizable lo constituye la frustración de oportunidad de curación, no el daño en sí mismo considerado.

Este es el supuesto contemplado por la interesante STS 3ª de 18 de octubre de 2005 (RJ 2005\8530), que confirma la dictada por la

⁸⁹⁹ Precisamente, crítico con esta sentencia, MEDINA ACOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, ob.cit., p. 59 y 60, que reprocha que cuando el Tribunal valora el daño deja de acogerse a criterios de racionalidad con que cuantificarlo, estableciendo las indemnizaciones “de manera global y a ojo”. También alerta del abuso por defecto de la doctrina de la pérdida de oportunidad para rebajar indemnizaciones que, en rigor, deberían ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal. Por ello, entiende que frente a la práctica de fijar indiscriminadamente una indemnización global y no fundamentada, se ha de tener en cuenta la correlación entre incertidumbre acerca del éxito y certeza del fracaso y debe acudir necesariamente a “criterios de razonabilidad estadística”. Justamente en la línea inversa, ASENSI PALLARÉS, Eduardo, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”..., ob.cit., p.236, alerta que la doctrina también puede utilizarse en sentido contrario como elemento justificador de indemnizaciones improcedentes “para afirmar una responsabilidad parcial basada en una responsabilidad probabilística, cuando realmente la prueba practicada ha acreditado que las posibilidades de influencia de la actuación sanitaria en el daño son mínimas y, en algunos casos, altamente improbables o inexistentes.”

Audiencia Nacional, en la que se condena a la Administración a indemnizar a una paciente a la que hubo que amputar una pierna a raíz de una isquemia que no fue diagnosticada a tiempo a pesar de las advertencias realizadas por el médico de cabecera sobre la posibilidad de su existencia. Concluye el Tribunal que la intervención se realizó conforme a la *lex artis*, por lo que desde esa perspectiva no habría habido un mal funcionamiento de la asistencia sanitaria. El deber de indemnizar surge por la ausencia de diagnóstico de la isquemia en el momento oportuno, que hubiera ofrecido más oportunidades a la paciente de salvar la pierna:

“si por el contrario se hubiera producido el diagnóstico correcto en el momento oportuno es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas u otras bien distintas, pero lo que, sin duda, es seguro, es que la recurrente hubiera tenido más oportunidades de salvar su pierna que en el momento en que se produjo el diagnóstico, transcurrido un tiempo excesivo desde que se conocieron los síntomas que por dos veces hicieron sospechar al médico de cabecera que estaba ante un proceso de isquemia que debía ser confirmado o descartado, y, sí como sospechaba existía, tratado de modo eficaz.” (...) De lo expuesto no se puede obtener otra conclusión que la que alcanzó la Sala de instancia que, sin entrar en la determinación de algo imposible de predecir cómo es qué hubiera sucedido si se hubiera producido el diagnóstico precoz de la isquemia, vincula ese retraso en el diagnóstico con el funcionamiento anormal del servicio del que hace responsable a la Administración”.⁹⁰⁰

⁹⁰⁰ El Tribunal Supremo suele entender que no resultan indemnizables los casos en los que, a pesar de haberse constatado un retraso de diagnóstico, se ha podido acreditar que el resultado hubiera sido el mismo, es decir, no se

En similar sentido se pronuncian la STS 3ª de 13 de julio de 2005 (RJ 2005\5323) o la STS 3ª de 7 de marzo de 2007 (RJ 2007\953), que condenan a la Administración sanitaria a indemnizar a los parientes de un paciente que murió pocos minutos después de ser dado de alta tras la evaluación incorrecta de un electrocardiograma. Se concede una indemnización por la pérdida de oportunidad, sin que resulte necesario probar que el tratamiento adecuado hubiera tenido éxito seguro.

Del mismo modo, el error de diagnóstico puede dar lugar a la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, habiéndose así declarado por el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones. Cabe citar la STS 3ª de 26 de junio de 2008 (RJ 2008\6525), en un caso en el que, ante la sospecha de enfermedad tuberculosa, se indicaron determinadas medicinas. La paciente no sufría tuberculosis y tenía una predisposición individual a padecer toxicidad por esas medicinas. Se suspendió el tratamiento, pero la paciente ya había desarrollado una neuritis óptica bilateral con disminución de agudeza visual. Señala el Tribunal claramente que:

“no se indemniza por la neuritis óptica que se le ocasionó al recurrente en ambos ojos, sino, como hemos dicho, por la pérdida de oportunidad, pues del informe pericial practicado cabe sostener que de habersele administrado vitamina B6, los resultados hubieran podido ser otros⁹⁰¹”

ha producido una pérdida efectiva de oportunidad. Por todas, STS de 15 de diciembre de 2005 (RJ 2005\7784), referida a un fallecimiento por un supuesto diagnóstico tardío de carcinoma metastásico de vejiga e hipercalcemia tumoral, en la que se señala: “el fallecimiento no ha sido ocasionado por una inadecuada utilización de la *lex artis* médica, sino que ha derivado de la propia evolución de la enfermedad: por lo que el desenlace, en esos pocos meses, no sería atribuible a demoras médicas, sino a una patología en fase irreversible y terminal, no susceptible siquiera de tratamiento quimioterápico”.

⁹⁰¹ En relación con la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad por la Sala 3ª del Tribunal Supremo, coincidimos con ASENSI

Mención aparte, por su importancia y amplitud, merece la jurisprudencia que aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en los supuestos de ausencia o insuficiencia de información. Se trata de casos en los que se entiende que, de haberse cumplido adecuadamente con el deber de informar al paciente, el daño no se hubiera producido. Así, se ha aplicado en la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323). En el caso enjuiciado se había producido una lesión permanente en el nervio ciático como consecuencia de una intervención para implantar una prótesis de cadera. El TS entiende que se había producido una infracción del deber de informar por lo que:

“la conclusión no puede ser otra que la de la responsabilidad del referido cirujano por no haber dado a su paciente la oportunidad de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras

PALLARÉS, Eduardo “la evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, ob.cit, p. 237, al indicar que “la doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida por la Sala 3ª, y lo vincula con la *lex artis*, de suerte que objetiva la responsabilidad patrimonial sanitaria, convirtiendo la mera pérdida de oportunidad en un daño indemnizable en concepto de daño moral —por las expectativas de curación— y, todo ello, sin analizar mínimamente la relación causal con los daños reclamados”.

Esta tendencia a la objetivación de la responsabilidad sanitaria como consecuencia de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad se evidencia en la STS 3ª de 20 de marzo de 2007 (RJ 2007\3283), que anula la sentencia de instancia que había desestimado la pretensión indemnizatoria. Según dicha STS, constatada la concurrencia de un error de diagnóstico, se considera que surge la responsabilidad a cargo de la Administración pues ello supuso la pérdida de oportunidad de instaurar el tratamiento correcto, con independencia de que el resultado dañoso se hubiera producido igualmente con el tratamiento adecuado. Así se concluye que “en definitiva, pues, como consecuencia de la mala praxis a que nos venimos refiriendo, no se prestó al paciente el tratamiento adecuado a su enfermedad, poniéndose los medios necesarios para combatir su padecimiento, y siendo ello así, y con independencia de que no se sepa cuáles hubieran sido los resultados finales de dicho tratamiento, acreditados como están los daños cardiovasculares con los que resultó, procede apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario”.

Igualmente, la STS 3ª de 25 junio de 2010 (RJ 2010\5886) declaró el deber de la Administración de indemnizar al apreciar un nexo causal entre la falta de actividad de la Administración y el daño. Así, la falta de información sobre una campaña de vacunación provocó la pérdida de oportunidad de los padres de proteger a su hija menor con una vacuna eficaz contra la meningitis C. Señala la sentencia que

“(...) podría argumentarse que, aunque la Administración hubiera proporcionado dicha información, ello no habría sido determinante de que los padres de la joven Natividad hubieran podido evitar el contagio revacunándola privadamente, pero lo cierto es que, si algo hay que presumir en el caso particular de la recurrente es que, sus padres, de haber dispuesto de la información ocultada por la Administración, efectivamente, le habrían suministrado la vacuna conjugada sin esperar a que les fuera suministrada gratuitamente, sencillamente porque así lo hicieron en 1997”.

En la STS de 16 de enero de 2012 (RJ 2012\1784) se trataba de ausencia de información sobre los riesgos, que se materializan, de una intervención de disectomía cervical. Señala el TS que “el daño que fundamenta la responsabilidad es el que resulta de haber haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado; que la negligencia médica ha comportado una pérdida de

oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación; y que ante la evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente, en base a lo cual y dentro del ámbito de la causalidad material o física que resulta de la sentencia, es posible hacer efectivo un régimen especial de imputación probabilística que permite reparar en parte el daño, como es la pérdida de oportunidad, que toma como referencia, de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica⁹⁰²,

⁹⁰² Como certeramente recuerda ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p.57, deben diferenciarse estos supuestos en los que la ausencia de información provoca una pérdida de oportunidad de que el daño no se hubiera producido (se lesiona la oportunidad), de aquellos otros en los que la ausencia de información causa la privación al paciente del derecho a decidir (se lesiona la autonomía de decisión). A éstos últimos supuestos los denomina “pérdida de oportunidad impropia”, indicando la autora que “en buena parte de los planteamientos anteriores se discutía sobre la indemnización del daño final (no lo sería en el de la pérdida de oportunidad si lo lesionado es la propia oportunidad). Cabe, sin embargo, conectar la infracción del deber de informar con un daño específico, la lesión de la autonomía decisoria del paciente. Es claro que semejante perspectiva (como el de la lesión de la oportunidad) permite obviar las cuestiones de causalidad/imputación del daño que se han ido planteando hasta ahora”. Este planteamiento se ha asentado tanto en la jurisdicción civil como en la contencioso- administrativa, mereciendo un estudio aparte los supuestos de responsabilidad por ausencia de información o defectos en el consentimiento informado. No obstante, como ejemplo, cabe citar la STS de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399), relativa a un supuesto en el que se diagnostica a un menor una tumoración en una pierna y ante la alta probabilidad de que se malignizara, se aconsejó su extirpación. Meses después de la intervención se presentaran alteraciones severas en el nervio

3.5.2.- Las acciones *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life* como manifestación de la pérdida de oportunidad impropia

3.5.2.a) Planteamiento

La doctrina de la pérdida de oportunidad por falta de información ha tenido una muy relevante aplicación en los denominados supuestos de responsabilidad por *wrongful birth* o nacimiento injusto, que debe diferenciarse de la acción *wrongful life* o vida injusta⁹⁰³. La primera es la ejercida por los progenitores del nacido en la que la culpa del médico consiste en un error que ha conducido al nacimiento del hijo de los padres demandantes, mientras que en la acción *wrongful life*, -no reconocida en el Derecho español pero sí, en determinados supuestos, en

ciático y, tras practicarse una segunda operación, quedaron importantes secuelas. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación considerando que se ha incumplido la obligación de informar y vulnerado el derecho a prestar un consentimiento informado, “*esta falta de información implica una mala praxis médica que no solo es relevante desde el punto de vista de la imputación sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona que, con los derechos inviolables que le son inherentes, es fundamento del orden político y de la paz social.*”

⁹⁰³ Las acciones *wrongful birth* y *wrongful life* surgen en Estados Unidos. Así, en el caso *Gleitman v. Cosgrove* (1967) se negó la indemnización por *wrongful birth* y *wrongful life* en el supuesto de un niño afectado de diversas malformaciones producidas a consecuencia de la rubéola contraída por su madre durante el embarazo; enfermedad respecto de la cual se había informado a la progenitora de que no tendría consecuencias sobre el feto; la Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda sobre argumentos de orden público e imposibilidad de identificar la existencia de un daño frente a la preciosidad de la vida. Posteriormente, en el caso *Jacobs v. Theimer* (1975) se admitió la indemnización por *wrongful birth* basada en el nacimiento de un hijo con defectos congénitos debido a que la madre contrajo la rubéola en el primer mes de embarazo y el médico no lo diagnosticó correctamente.” [Cfr. PACHECO JIMENEZ, María Nieves, “Acciones *Wrongful birth* y *wrongful life* una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, Nº. 2, 2011, p. 6]

el estadounidense-, es el propio nacido enfermo, el que actúa como demandante⁹⁰⁴. Como ya hemos señalado en realidad es una pérdida de oportunidad impropia dado que la conducta médica, activa o pasiva, no

⁹⁰⁴ En este mismo sentido, ELIZARI URTASUN, Leyre., “El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, Derecho y Salud, Vol. 19, Extraordinario XVIII Congreso, 2010, p. 140, afirma que “en general, podemos decir que la doctrina española y la jurisprudencia admiten las acciones de *wrongful birth*, sobre las que el Tribunal Supremo se ha pronunciado favorablemente ya en un número considerable de Sentencias, y se rechazan las acciones de *wrongful life*, es decir, las entabladas por el propio hijo discapacitado, por las objeciones que plantea reclamar una indemnización por su propia existencia”. Para procurar un mejor entendimiento de las particularidades que presentan las acciones *wrongful life*, conviene hacer mención a la llamada *doctrina Perruche*, elaborada a raíz de la Sentencia del Tribunal de Casación Francés de 17 de noviembre de 2000. Nicolás Perruche nació en 1983, deficiente profundo, sordo y casi ciego. Su madre había padecido rubéola durante el embarazo y afirmaba su voluntad de abortar si el feto estaba afectado por la infección; pero los médicos diagnosticaron erróneamente la ausencia de contagio. Tras el nacimiento, los médicos fueron demandados por los padres del niño, en nombre propio y en el de su hijo, para que se le reconociera el perjuicio (el del niño, aquejado de una deficiencia física o mental, fuente de sufrimientos para él y para sus padres; el del Estado, pues la Seguridad Social y el Sistema Educativo se hacen cargo de la salud pública y la escolarización, y deberán soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que necesitará el niño; el de la Humanidad, en caso de transmisión de la enfermedad genética) sufrido por éste. La Corte de Casación se pronunció a favor de los demandantes, reconociendo que la negligencia médica había impedido a la madre decidir sobre la interrupción legal del embarazo y evitar, así, el nacimiento de un hijo con graves anomalías. La decisión del Tribunal de Casación francés provocó dos situaciones: 1) Comenzó una línea jurisprudencial de admisión de las reclamaciones de responsabilidad *wrongful life*. 2) Abrió de inmediato una cascada abrumadora de cuestiones médicas, éticas, sociales y filosóficas: los técnicos de diagnóstico prenatal y los ginecólogos comenzaron una huelga en protesta por este tipo de fallos; las asociaciones de familiares de discapacitados protestaban por el efecto que podían tener tales fallos sobre la concepción social de los discapacitados. Ante tales presiones, el Parlamento francés se vio obligado a pronunciarse sobre la cuestión y promulgó la Ley 2002-303, de 4 de marzo, cuyo artículo 1 recoge la regulación de las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*. En concreto, rechaza las demandas de *wrongful life* y remite la indemnización al niño al sistema de solidaridad nacional (Seguridad Social) y acepta las demandas de *wrongful birth* en reclamación de los daños sufridos por los progenitores, aunque limitando la indemnización a los daños que ellos mismos experimenten. (Cfr. resumen de PACHECO JIMENEZ, María Nieves, “Acciones *Wrongful birth* y *wrongful life*: una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, ob.cit., pp. 13 y 14)

genera un daño evitable sino que implica la privación del derecho a decidir⁹⁰⁵. En este sentido, la lesión derivada de la conducta no se proyecta sobre el estado de salud del afectado, que perdió la oportunidad de la curación, sino sobre su esfera moral dado que la oportunidad que aquí se pierde es la del ejercicio del derecho a tomar una decisión, en el *wrongful birth*, la de interrumpir voluntariamente el embarazo.

Sentada esta diferenciación y centrándonos en la acción *wrongful birth*, única admitida en nuestro país, podemos distinguirla, por un lado, de la llamada acción *wrongful conception* o *wrongful pregnancy* (embarazo injusto), que implica el nacimiento de un hijo sano, pero no deseado, por negligencia en los tratamientos anticonceptivos o en la esterilización voluntaria. Esto es, fallan las medidas anticonceptivas (vasectomía, ligadura de trompas e, incluso, errónea implantación de DIU), o la deficiente información del médico sobre precauciones y riesgos de recanalización⁹⁰⁶.

⁹⁰⁵ Coincidimos con las agudas observaciones, ya señaladas, de ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p.57.

⁹⁰⁶ GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos, “Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones por *wrongful birth* (nacimiento injusto) y *wrongful life* (vida injusta)”, *Derecho y Cambio Social*, nº 29, 2012, p. 6 y ASENSI PALLARÉS, Eduardo, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”,... ob. cit., p. 238.

El Tribunal Supremo, en STS de 11 de mayo de 2001 (RJ 2001\6197), hace referencia a dichas distinciones *entre wrongful conception, wrongful birth y wrongful life*: “sobre las características del acto médico relativo a una vasectomía, debe afirmarse con conocida doctrina que, el recurso plantea una problemática que no es nueva en la jurisprudencia española. Se trata de los supuestos conocidos con la expresión inglesa de *wrongful conception* y, en ocasiones también con la *wrongful pregnancy*, que designa aquellas demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debido al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas... Distintos de los supuestos anteriores son los casos de nacimientos de hijos con malformaciones que no han sido causadas por la negligencia médica y que parten de una premisa común: al no informar en tiempo oportuno a la madre de la malformación, ésta no ha podido decidir si

Por otro lado, distinguimos aquellos supuestos en los que se produce el nacimiento de un hijo con una malformación o enfermedad genética, no causada por la negligencia del médico, pero que no fue detectada intra-útero a tiempo de interrumpir la gestación. En estos casos, la omisión por parte del médico de la información relativa a la anomalía impide a la madre elegir entre dar a luz a un hijo con malformaciones o abortar. Se fundamenta en la pérdida de oportunidad consistente en haber podido interrumpir el embarazo de haberse conocido las malformaciones del *nasciturus*. Por ello, la privación del derecho de los progenitores a decidir la continuación o no del embarazo se reputa como daño moral indemnizable. Lógicamente, el presupuesto necesario de la pérdida de oportunidad radica en que el ordenamiento jurídico reconozca el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo, dado que, en caso contrario, no hay oportunidad perdida.

3.5.2.b) *Wrongful conception*

Dentro del primer supuesto, esto es, responsabilidad por anticoncepciones fallidas, encontramos abundante jurisprudencia que anuda el daño a la falta de información por parte del médico⁹⁰⁷. Así, la

quería llevar a cabo o no la interrupción legal del embarazo. En tales casos, si quien ejercita la acción es la madre se habla de *wrongful birth*, y de *wrongful life*, si quien lo hace es el propio hijo.”

⁹⁰⁷ En relación con este tipo de acciones *wrongful conception*, recuerdan MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *InDret*, nº 3, 2001, p.7., que: “(...) de casos resueltos por el Tribunal Supremo, los supuestos de práctica negligente de la operación o de colocación del mecanismo anticonceptivo no suelen ser los más frecuentes en la jurisprudencia. Al contrario, el mayor número de supuestos tratados por los tribunales españoles se refiere precisamente a aquellos casos en que esa actuación ha sido diligente pero se ha infringido el deber de informar. Por esta razón, el problema causal debe reconducirse al ámbito de la infracción de dicho deber, bien porque no se ha informado al paciente del riesgo de fracaso de la esterilización, de la necesidad de adoptar tras la operación las medidas de precaución necesarias para evitar el embarazo, o bien sobre la necesidad

STS de 8 de febrero de 2005 (RJ 2005\949) contempla el caso de un paciente que, tras someterse a una vasectomía, su mujer quedó embarazada y tuvo una hija. Posteriormente, se realizó una nueva vasectomía y su esposa se volvió a quedar embarazada, sufriendo esta vez un aborto. El TS declara la responsabilidad del médico por no informar al paciente de que la operación no era infalible y de que era necesario que la pareja adoptara medidas anticonceptivas durante un periodo de tiempo prudencial.

Asimismo, la STS 3ª de 9 de mayo de 2005 (RJ 2005\4902), otorga una indemnización por daño moral a una mujer a la que no se informó de la posibilidad de volver a quedar embarazada tras una ligadura de trompas. En estos supuestos, en los que se produce el nacimiento de un niño sano, el daño indemnizable no lo constituye el nacimiento del hijo en sí⁹⁰⁸, aunque la jurisprudencia admite la indemnización del daño moral derivado de la angustia o frustración por la inesperada concepción del hijo. Así, por ejemplo, la STS de 24 de septiembre de 1999

de someterse a determinados análisis para confirmar su esterilidad. Así, el comportamiento negligente del médico se encontrará vinculado causalmente con el daño siempre que la falta de información o de una información adecuada a los padres les haya privado de la posibilidad de adoptar las medidas necesarias para no engendrar el hijo.”

⁹⁰⁸ El Tribunal Supremo lo ha señalado expresamente en STS de 5 junio de 1998 (RJ 1998\427) que *“no puede admitirse que el nacimiento de hijos no previstos sea un mal para los progenitores”*. En el mismo sentido, la SAP de Barcelona, de 27 de diciembre de 2005 (JUR 2006\85370), razona que: “Lo que se debe indemnizar no es el hecho del nacimiento de un hijo (acontecimiento en sí mismo imponderable de la naturaleza -salvo las prácticas de aborto o la inviabilidad sobrevenida del feto- y que difícilmente puede concebirse como un daño) sino tan solo el daño moral producido por la sorpresa al recibir la noticia de un embarazo que, por la falta de información, se creía imposible, la compensación del disgusto o angustia inicial, exclusivamente, lo que debe llevar a fijar una cantidad moderada”. Atendiendo a las circunstancias del caso, algunas resoluciones judiciales fijan cantidades más elevadas, por ejemplo, STS de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\4275), que tuvo en cuenta que únicamente se había ligado una trompa o la STS de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003\3916), que tuvo en cuenta el nacimiento de gemelos.

(1999\7272) indemnizó el daño moral de la madre que, al conocer el embarazo, sufrió "una situación depresiva que alteró su armonía anímica y le produjo un inevitable estado de preocupación atentatorio a su libertad".

3.5.2.c) *Wrongful birth*

Sin duda es el segundo grupo de supuestos el que mayor interés presenta, dado que, como dijimos, la acción *wrongful life* no es reconocida en el ordenamiento español. Nos referimos a la acción *wrongful birth*, ejercitada por los progenitores del niño nacido enfermo, reclamando los daños patrimoniales y morales que les ocasiona el hecho de tal nacimiento⁹⁰⁹. Se funda en el daño que supone haber tenido un hijo aquejado de una enfermedad o anomalía, debido a la conducta del profesional sanitario que privó a la gestante de la oportunidad de tomar una decisión sobre la continuidad o interrupción del embarazo⁹¹⁰.

⁹⁰⁹ Un completo estudio en MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005. También el sugerente trabajo DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, "Ante la cuarta sentencia de la sala Primera en materia de wrongful birth: ¿es posible hablar ya de una jurisprudencia?", *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 22, 2005, pp. 179-206. Más recientemente, MAZZILI, Elizabetta "La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas", *Aranzadi Civil-Mercantil* nº. 10, 2012, pp. 79-111.

⁹¹⁰ Algunos autores no consideran pertinente la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad en estos supuestos por no existir una verdadera oportunidad perdida, ya que la decisión corresponde a la madre. Así, ASENSI PALLARÉS, Eduardo, "La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica"..., ob.cit., p. 239 señala que "en nuestro país, parte de la doctrina viene entendiendo que el daño sufrido por la madre consiste en la pérdida de la oportunidad de decidir libremente si abortar o no, al no haber sido informada antes de la semana 22 de gestación de las malformaciones del feto. Si tenemos en cuenta que para aplicar esta doctrina es imprescindible que la producción del "evento favorable" para la víctima quede fuera de su ámbito de actuación o decisión, es evidente que no procede aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad en los supuestos de *wrongful birth*, porque éstos se basan en una facultad, la de interrumpir el embarazo,

En todo caso lo relevante es que se le haya privado a la madre de la posibilidad de decidir, no resultando necesario acreditar que, de habersele dado la opción, habría abortado. No obstante, en este punto, se observa una importante diferencia entre la jurisdicción civil y la contenciosa⁹¹¹. La jurisdicción civil no suele tener en cuenta este dato para establecer el nexo causal⁹¹². Así, la STS de 21 de diciembre de 2005 (RJ 2005\10149) afirma: “el hecho de haberse sometido a una prueba para el diagnóstico prenatal de las mismas, sólo tiene un sentido lógico que es el de decidir en su vista esta interrupción voluntaria del embarazo; relación que se crea con independencia de que la madre alegue su intención de abortar en lo que constituye un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria a estos supuestos de causalidad en la responsabilidad médico sanitaria”.

Por su parte la jurisdicción contenciosa, en este extremo, opta por invertir la carga de la prueba, de modo que corresponde a la Administración demostrar que la madre no habría abortado aunque hubiera tenido la opción. Por todas, STS 3ª de 14 de marzo de 2007 (2007\1750) que indica que “resulta evidente que en los supuestos de

cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la madre, la misma que, como perjudicada, puede reclamar con posterioridad”.

⁹¹¹ ELIZARI URTASUN, Leyre, “El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life”..., ob.cit., p. 147.

⁹¹² No obstante, en algún supuesto la jurisdicción civil sí ha exigido dicha prueba. La STS de 7 de julio de 2002 (RJ 2002\5216) concluye: “El establecer una relación de causalidad directa entre el incumplimiento por el codemandado de su deber de información de la existencia de pruebas médicas por medio de las cuales apreciar el estado del feto, y la privación a aquélla de su facultad de optar por la interrupción del embarazo, no está basada sino en meras conjeturas, pues(...) no existe prueba alguna en autos de la que pueda deducirse que, de haber conocido la gestante el estado del feto, hubiera decidido interrumpir su embarazo. No puede afirmarse, por tanto, que exista una relación directa entre la falta de información por el médico y el que la gestante no optase por poner fin al embarazo mediante el aborto.”

daño moral al que antes nos hemos referido, sufrido por una madre al privársele de la posibilidad de decidir sobre la interrupción voluntaria del embarazo cuando hay graves malformaciones físicas o psíquicas en los diagnósticos médicos realizados, incumbe a la Administración demandada la carga de probar de forma indubitada, que en el supuesto de conocer la mujer la malformación del feto no hubiera optado por un aborto terapéutico, y esa falta de probanza determina que quepa apreciar el nexo causal para la exigibilidad de la acción de responsabilidad patrimonial.”

Ante la evidente dificultad de probar tal cuestión, los distintos pronunciamientos judiciales permiten acudir a indicios, como declaraciones previas de la madre, la constancia de fuertes creencias religiosas o la naturaleza de las pruebas prenatales a las que se somete la madre, entendiendo que si la paciente ha asumido un peligro para la vida de su hijo, su intención no era conocer el estado de salud del mismo, sino alcanzar una certeza para actuar en consecuencia⁹¹³. Por otra parte, como

⁹¹³ En este sentido, VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, “El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, nº. 3, 2013, p. 57, señala que “entrelazar un hecho, como el nacimiento de un hijo enfermo, con la práctica errónea de unas pruebas diagnósticas, pasa por teorizar qué hubiesen hecho los padres, de conocer el estado del embrión. De esta hipótesis se desprende que ninguna de las formulaciones clásicas de la relación causal permitiría responsabilidad alguna en estos supuestos. A fin de dar solución a esta cuestión, se acude a la construcción doctrinal de los cursos causales no verificables. Con esa idea se permite, en base a presunciones, deducir cuál hubiese sido la reacción de unos progenitores al conocer el estado de salud del nasciturus. No obstante, la subjetividad de este criterio es preocupante, dado que salvo afirmaciones en contrario, en todos los supuestos se partiría de la intención de interrumpir el embarazo, y consecuentemente, el litigio debería ser indemnizado. A los efectos de evitar esto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han entretendido una serie de pautas y presunciones con las que se puede llegar a alcanzar un criterio más o menos firme, derivado de un elemento objetivo: la fiabilidad y peligrosidad de la prueba. De esta forma se entiende que una gestante que somete a su hijo a un riesgo, al acudir a una prueba invasiva, desea conocer el estado del mismo y actuar en consecuencia

ya se ha señalado, constituye un requisito imprescindible para la admisión de estas acciones que el ordenamiento jurídico admita el aborto *ad nutum*, o por lo menos el aborto en caso de grave enfermedad o malformación del feto. Cuanto más amplia y flexible sea la regulación legal del aborto, mayor será el alcance de la eventual responsabilidad médica por privar de tal opción⁹¹⁴. En cualquier caso, la culpa sigue siendo el criterio general de imputación de modo que sólo habrá responsabilidad cuando la privación de la posibilidad de abortar de la mujer sea debida a una conducta negligente del médico, contraria a la *lex artis*, de acuerdo con los conocimientos del momento⁹¹⁵.

Sentadas estas premisas, cabe señalar que la mayor parte de los supuestos de responsabilidad por *wrongful birth* tiene lugar por negligencia en el diagnóstico, en la información suministrada o bien en el consejo, en este último caso, cuando el médico no advierte de la conveniencia de

en función del resultado, salvo prueba en contrario. Esta presunción no puede mantenerse en aquellos asuntos en los que no se ha asumido ningún peligro, porque nada indica que la madre quiera algo más, que mantener un simple control sobre el embarazo. Por ello, salvo actuaciones o afirmaciones que evidencien lo contrario, no se estimará que ésta hubiese acudido a la interrupción voluntaria de la gestación.”

⁹¹⁴ Como es sabido, en nuestro ordenamiento jurídico la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo, regula la interrupción voluntaria del embarazo en su título II (artículos 12 a 23), optando por el establecimiento de un sistema mixto, de plazos e indicaciones. Así, dentro de las primeras 14 semanas de gestación, la interrupción podrá practicarse a petición de la madre; hasta las 22 semanas podrá practicarse por causas médicas (riesgo para la vida o la salud de la embarazada o riesgo de graves anomalías en el feto) y sin plazo en el supuesto de detectarse anomalías fetales incompatibles con la vida o una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico.

⁹¹⁵ ELIZARI URTASUN, Leyre, “El daño en las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”, *cit.*, p. 142: “estamos ante un supuesto de responsabilidad civil, por lo que habrán de reunirse todos los elementos propios de la misma, para que pueda existir una condena en los supuestos de *wrongful birth* y *wrongful life*, con las particularidades de la responsabilidad contractual, extracontractual y objetiva de la Administración.”

llevar a cabo un diagnóstico prenatal, estando éste clínicamente indicado atendiendo a la edad de la gestante⁹¹⁶.

La primera sentencia española que reconoció responsabilidad fue la STS de 6 junio de 1997 (RJ 1997\4610) en la que el Alto Tribunal resuelve el caso que plantea una mujer embarazada, a la que había sido practicada la prueba de la amniocentesis al tratarse de un embarazo de riesgo. No fue informada por la doctora que la atendía del resultado adverso de la prueba de amniocentesis hasta que hubo transcurrido el plazo de 22 semanas, límite que establecía el entonces vigente Código Penal para el supuesto de aborto embriopático o eugenésico. Así las cosas, la conducta del facultativo impidió constatar la presencia en el concebido del síndrome de Down, con el que finalmente nació.

En la STS de 21 diciembre de 2005 (RJ 2005\10149) se recoge el caso en el que una mujer de 40 años de edad, madre de tres hijos, acude al Servicio de Genética de un hospital público. El objetivo no era otro que

⁹¹⁶ TOMILLO URBINA, Jorge, "Responsabilidad por daños al inicio de la vida: las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life" en PALOMAR OLMEDA, Alberto y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II Vol. 2, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 256 y 257, sistematiza de este modo las causas: a) *Negligencia en el diagnóstico*. El médico se equivoca en la formulación de un diagnóstico practicado sobre la mujer embarazada, es decir, el error consiste en no descubrir la enfermedad congénita del feto y los progenitores, como consecuencia de tal error, reciben la defectuosa información de que el feto está sano, lo que lleva aparejada como consecuencia la privación de la facultad de abortar dentro del plazo legalmente establecido; b) *Negligencia en la información*. El médico no comete error en el diagnóstico pero sí en el suministro de información, es decir, no comunica en debida forma a los padres o lo comunica extemporáneamente, cuando ya no hay posibilidad de recurrir al aborto porque ha transcurrido el plazo legal. Se plantea así toda la problemática de la autonomía del paciente y del consentimiento informado que, como es sabido, forma parte de las obligaciones de diligencia que integran la *lex artis ad hoc*; c) *Negligencia en el consejo*. En este supuesto, el médico no aconseja sobre la conveniencia de llevar a cabo un diagnóstico prenatal. Aquí el error no reside en la defectuosa realización del diagnóstico, ni en la defectuosa comunicación, como en los dos casos anteriores, sino que simplemente radica en no haber dado lugar al diagnóstico.

la realización del diagnóstico prenatal, el detectar si el feto pudiera estar afectado del síndrome de Down (trisomía del par 21), para, si así fuera, interrumpir la gestación. El diagnóstico prenatal comunicado fue de normalidad, si bien el nacido presentó síndrome de Down. El Tribunal Supremo estimará el recurso señalando que “donde está realmente el problema es en determinar si se advirtió a la mujer de alguna posible anomalía en el feto diagnosticada en el período prenatal, como es el síndrome de Down, y si se proporcionó a los recurrentes la información adecuada una vez realizadas las pruebas, a que se refieren las infracciones normativas denunciadas en el quinto motivo para decidir en consecuencia (artículos 1902 y 1903 CC en relación con los artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad 14/86, de 25 de abril). La sentencia parte en este sentido de la consideración equivocada de calificar la información como una obligación accesoria y de vincularla a la realización de las prueba médicas para obtener el diagnóstico prenatal y no a la posterior del resultado diagnóstico”.

En las STSS de 19 de junio de 2007 (RJ 2007\5572) y 17 de noviembre de 2008 (RJ 2008\6049) se declara la inexistencia de responsabilidad por parte de los facultativos, pues el deber de información sobre la conveniencia de realizar diagnósticos prenatales únicamente surge cuando concurren las circunstancias para ello. Así, en la primera sentencia, el TS concluye: “el deber de información sobre la práctica de las pruebas necesarias para la comprobación de la posible existencia de un síndrome de Down solamente era exigible, en la época en que se produjeron los hechos, cuando concurren circunstancias que demuestren la existencia de un riesgo de concurrencia del expresado síndrome y no en los casos de embarazos normales, a los que corresponde el supuesto enjuiciado”. En el mismo sentido, la segunda sentencia indica: “el deber de información sobre la posibilidad de práctica

de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto estuviera afectado por malformaciones, con el fin de permitir a la gestante hacer efectivo su derecho a abortar por causas eugenésicas dentro de las veintidós semanas de embarazo, "únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* (reglas del oficio) la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos de embarazos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias".

La STS de 18 de diciembre de 2003 (RJ 2003\9302) contempla el supuesto del nacimiento de un niño que presentó al nacer diversas malformaciones y anomalías físicas, y como más importantes la falta del riñón izquierdo así como de todo el esqueleto de la parte izquierda de la pelvis y la extremidad inferior de este lado. Tales deficiencias anatómicas tenían carácter genético y no fueron detectadas durante el embarazo, por lo que no se le proporcionó a los progenitores información alguna al efecto. La sentencia hace referencia al ejercicio de la medicina en equipo, a aquellos supuestos en los que la práctica de pruebas diagnósticas como ecografías o amniocentesis, se encomiendan a terceros facultativos especialistas en la materia y son éstos quienes incurren en mala praxis, en consecuencia, serán éstos quienes deban responder. Así, señala el Tribunal que "existió una actuación sanitaria evidentemente deficiente al no detectarse unas anomalías de un feto, y como consecuencia se imposibilitó que el ginecólogo pudiera proporcionar a los progenitores la información adecuada a la que tenían legítimo derecho".

La primera resolución en la jurisdicción contencioso-administrativa en esta materia será la STS 3ª de 4 de noviembre de 2005 (RJ 2006\1544). Se trata del nacimiento de un niño con síndrome de Down, en el que el resultado de las pruebas prenatales nunca llegaron a la unidad

de diagnóstico prenatal y por tanto nunca fue comunicado el resultado a la madre, que no pudo plantearse la posibilidad de una segunda prueba o de una amniocentesis. El TS equipara la falta de información con la falta de consentimiento informado e “independientemente de la existencia del daño indudable producido a la madre actora con el nacimiento de un hijo aquejado del síndrome de Down”, concede una indemnización por “falta de su facultad de autodeterminación, que no pudo ejercer al verse privada la actora de la debida información”.

En este breve repaso a los pronunciamientos judiciales recaídos en demandas de *wrongful birth*, cabe, por último, traer a colación la STS 3ª de 20 de marzo de 2012 (RJ 2012\4676) en la que se declara la responsabilidad de la Administración Sanitaria ante un supuesto de nacimiento de un niño con síndrome de Down como consecuencia de un error de diagnóstico en la prueba de amniocentesis. Se declara que es indemnizable no solo el daño moral sino también el patrimonial por el mayor coste que supone la crianza de un niño con este síndrome. Así señala el Tribunal que “los gastos derivados de la crianza de los hijos no constituyen un daño en circunstancias normales; pero, cuando las circunstancias se separan de lo normal implicando una carga económica muy superior a la ordinaria, esta Sala entiende que puede haber daño y proceder la indemnización ”, añadiendo que “los gastos que la recurrida ha debido y deberá afrontar en cuanto madre de una hija con el síndrome de Down no pueden considerarse lógicamente desvinculados de la imposibilidad, causada por la Administración sanitaria, de interrumpir legalmente su embarazo. Existe nexo causal entre la omisión de la prueba de detección prenatal del síndrome de Down y el daño, tanto moral como económico, experimentado por la recurrida”.

4.- LOS RIESGOS DEL DESARROLLO COMO CAUSA DE EXONERACIÓN: PERSPECTIVA GENERAL

Resulta mayoritariamente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, tanto civil como contencioso-administrativa, que los servicios sanitarios no pueden responder en cualquier caso de la curación del paciente, sino lo que el paciente puede exigir es que se le preste una asistencia conforme a la *lex artis*, teniendo en cuenta el momento y circunstancias en las que se presta dicha asistencia. Una de las referencias para la concreción de ese criterio de normalidad se establece el estado de la ciencia y de la técnica⁹¹⁷. De esta forma, tratándose la obligación médico-sanitaria de una obligación de medios, implica el empleo de los plenos recursos de la ciencia y la técnica actuales, de modo continuo hasta la curación en el grado que resulte posible⁹¹⁸.

En este sentido, de acuerdo con el artículo 1.105 CC, “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran

⁹¹⁷ Expresamente lo señala, entre otras, la STS 3ª de 4 de abril de 2011 (RJ 2011\165148): “Por otra parte, la denominada *lex artis* se identifica con el “estado del saber”, considerando, en consecuencia, como daño antijurídico aquel que es consecuencia de una actuación sanitaria que no supera dicho parámetro de normalidad.”

⁹¹⁸ Al respecto, ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad civil médica”...., op.cit., p. 70, señala: “La exclusión de responsabilidad por riesgos del desarrollo –en casos en los que el daño se derive de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos– tiene sentido, como límite, en un sistema que admita responsabilidad sin culpa. Si la vulneración de la *lex artis* se convierte en requisito imprescindible, la función de contención del estado de la ciencia decae. Conviene además, en relación con lo anterior, realizar una advertencia. El que se haya actuado diligentemente no supone que científicamente el daño no fuera evitable –el límite del estado de la ciencia puede perfectamente estar más allá del de la diligencia–; por eso no es correcto conectar, sin más, actuación diligente con actuación de acuerdo al estado del saber y encontrar así apoyo de la exclusión de responsabilidad en el segundo inciso del artículo 141.1 LPA-PAC”.

podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”. En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el criterio del estado de la ciencia y de la técnica aparece expresamente previsto en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos⁹¹⁹.

Con independencia de su aplicación general, el origen de este precepto se sitúa en el ámbito de la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos, a la que nos referiremos en páginas posteriores, en particular, en la necesidad de resolver el problema planteado por los contagios del virus de la hepatitis C y del VIH mediante transfusiones realizadas en hospitales antes de la existencia de reactivos que permitieran detectarlos. El legislador decidió excluir estos casos del ámbito de la responsabilidad, entendiendo que su compensación ha de venir, en su caso, por vía de solidaridad social, a través de ayudas y no de la responsabilidad. Así, introdujo esa cláusula mediante la Ley 4/1999, de 13 enero, de modificación de la Ley 30/1992⁹²⁰.

⁹¹⁹ Ninguna novedad introduce en esta previsión la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público cuya entrada en vigor, como ya se indicó, está prevista para el 2 de octubre de 2016. Así, el artículo 34.1 de la referida Ley 40/2015 establece, con idéntica redacción que el precepto aún vigente, que “sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

⁹²⁰ Se trata de la denominada “cláusula de los riesgos del progreso o del desarrollo”. A la misma hace referencia PÉREZ LÓPEZ, Ian, “Infecciones

Aunque posteriormente volveremos sobre esta cuestión al tratar la responsabilidad por productos sanitarios defectuosos, puede indicarse que con carácter general, desde la introducción de la previsión contenida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, la jurisdicción contencioso-administrativa ha venido entendiendo, con carácter general, que no existe daño antijurídico cuando el contagio tuvo lugar con anterioridad a la comercialización a nivel mundial de marcadores o reactivos que permitan detectar la presencia del virus en el plasma sanguíneo de transfusión, lo que sucedió en el último trimestre de 1989. Así, es posible encontrar numerosas Sentencias que se pronuncian en el mismo sentido indicando:

“si el contagio del virus de la hepatitis C se hubiese producido con anterioridad a su aislamiento y a la identificación de los marcadores para detectarlo, lo que sucedió a finales del año 1989, no concurre el requisito del daño antijurídico por ser el contagio un riesgo a soportar por el paciente. (...) No son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, pues lo contrario convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad

hospitalarias: Ciencia, Pacientes y Tribunales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Vol. 8, 2013, p. 215, indicando que “no es hasta la Ley 4/1999, de 13 de enero, por la que se modifica la Ley 30/1992 y la redacción de su artículo 141.1, introduciendo la “cláusula de los riesgos del progreso”, mediante la que se atempera la responsabilidad de la Administración en caso de producirse un daño inevitable o imprevisible conforme al estado de los conocimientos; si bien es cierto que la “cláusula de los riesgos del progreso” había tenido cierta acogida por la jurisprudencia, antes de la Ley 4/1999, no es menos cierto que hasta la nueva redacción del artículo 141.1 de la Ley 30/1992 no se generaliza su aplicación, moderando la responsabilidad patrimonial de la Administración.”

extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado, como declaró esta Sala, entre otras, en su Sentencia de 7 de febrero de 1998, fundamento jurídico tercero”⁹²¹.

No obstante, esta afirmación general sobre la jurisprudencia contencioso administrativa relativa a este tipo de casos posterior a 1999, no puede ocultar las diferentes posturas que han mantenidos nuestros tribunales en función de la jurisdicción, civil o contencioso administrativa, ante la que se sustanciaran las demandas, en incluso dentro de una misma jurisdicción. Pero sobre todas estas cuestiones volveremos más adelante al abordar la responsabilidad por medicamentos y productos sanitarios defectuosos.

En todo caso, con carácter general cabe señalar que el criterio relativo al estado de la ciencia y de la técnica⁹²² constituye una de las pautas de imputación de responsabilidad sanitaria de frecuente

⁹²¹ STS de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999\6154), STS de 19 de junio de 2001 (RJ 2001\10059), STS de 25 de enero de 2003 (RJ 2003\941), STS de 29 de junio de 2005 (RJ 2005\5198), o STS de 24 de enero de 2006 (RJ 2006\1145).

⁹²² La STS 3ª de 31 de mayo de 1999 (RJ 1999\6154) se esfuerza en diferenciar ciencia y técnica a los efectos del artículo 141.1 de la Ley 30/1992: “el artículo 141, LRJPA, en su nueva redacción, habla de la ciencia y de la técnica, que son cosas distintas aunque relacionadas. La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, venciendo o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia (cuando ésta ha sido ya hecha) (...) La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico, conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría, se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos. Y nótese, también que el precepto habla de «estado» de esa ciencia y de «estado» de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable -imperceptible la mayoría de las veces, pero real- de cambio(...)”

aplicación, tanto en el ámbito jurisdiccional civil como contencioso-administrativo. Así, por ejemplo, la STS de 17 de septiembre de 2008 (RJ 2008\5517), en un caso de síndrome de Asherman sufrido por paciente sometida a procedimiento de legrado, afirma que no excluye la responsabilidad médica el hecho de que el efecto dañoso esté dentro del riesgo estadístico de la actuación médica si no se agotó la diligencia según el estado de la ciencia y la técnica, indicando al efecto que “la complicación surgida era previsible y por tanto evitable, como elemento esencial de la culpa extracontractual, aunque estadísticamente de frecuencia no elevada, y que se estaba, por tanto, dentro de los riesgos a evaluar, imputándoles no haber efectuado el legrado de forma correcta, sin haber dado lugar a la interrupción al comprobar que se había producido una perforación, y no haber puesto en juego y agotado todas las posibilidades que la ciencia y la técnica en aquellos momentos tenía a su disposición para la adecuada prestación del servicio a la paciente”.

Asimismo, en la STS 3ª 19 de septiembre de 2012 (RJ 2012\9194), se desestima la reclamación patrimonial interpuesta por una lesión causada durante una intervención quirúrgica por no resultar evitable según el estado actual de la ciencia. En este sentido, según el Tribunal “confunde la actora lo que es la posibilidad “que puede ser o suceder” de la lesión iatrogénica del nervio sensitivo lingual con la previsibilidad de la misma “ver o conjeturar por señales o indicios lo que ha de suceder”: la hipoestesia o anestesia del nervio sensitivo lingual total o definitiva como consecuencia de la intervención quirúrgica para la exodoncia de los cuatro cordales es una complicación postoperatoria que se puede presentar en este tipo de intervenciones quirúrgicas, para las cuales el estado actual de la ciencia no cuenta todavía con las técnicas necesarias que permitan identificar señales o indicios que posibiliten anticipar el

conocimiento de su efectiva producción, por lo que dicha complicación postoperatoria es posible pero no previsible”.

5.- LA MEDICINA SATISFACTIVA COMO SUPUESTO DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS CUALIFICADA

5.1.- Planteamiento

Tradicionalmente se ha diferenciado entre medicina curativa, necesaria o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología, mientras que la segunda es aquella en la que el interesado acude al prestador, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino, más bien, para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo que no tiene una indicación clínica preceptiva. Ahora bien, la distinción concreta entre un tipo y otro de medicina no resulta absolutamente diáfana ante la existencia de supuestos que se encuentran a caballo entre una y otra. En este sentido, el Tribunal Supremo ha ido progresivamente extendiendo el abanico de supuestos desde los años noventa, declarando incluidos dentro de la medicina satisfactiva, los casos de cirugía estética no reparadora⁹²³; medicina no reproductiva (tanto vasectomías⁹²⁴ como ligaduras de trompas y colocación de DIU⁹²⁵), odontología y colocación de prótesis⁹²⁶. En todo caso, téngase en cuenta que ninguno de estos supuestos se da en forma absolutamente pura dado que, cuando la motivación no es meramente satisfactiva sino que está vinculada a

⁹²³ STS de 28 junio 1997 (RJ 1997\5151)

⁹²⁴ STS de 25 abril 1994 (RJ 1994\3073)

⁹²⁵ STS de 24 septiembre 1999 (RJ 1999\7272);

⁹²⁶ STS de 28 junio 1999 (RJ 1999\4894)

necesidades vitales físicas, constituirían supuestos de medicina curativa⁹²⁷.

Tal y como se ha venido sosteniendo, la exigencia de responsabilidad en la medicina curativa gira en torno a la *lex artis* y el cumplimiento de una obligación de medios y ello tanto en la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa. Así, en los casos de medicina curativa, será suficiente con que la actuación del médico haya resultado diligente, aunque no haya obtenido los resultados esperados. Sin embargo, en la medicina voluntaria o satisfactiva la falta de necesidad terapéutica repercute en un mayor nivel de responsabilidad del facultativo, que normalmente se verá reflejado en el incremento de los niveles de exigencia tanto en su actuar como en la información que proporciona al paciente. Partiendo de esta distinción, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en materia de medicina satisfactiva ha experimentado una importante evolución en sus criterios,

⁹²⁷ Debe tenerse en cuenta que algunos supuestos de asistencia sanitaria comparten características de medicina curativa y de medicina satisfactiva, tal y como señala MANJÓN RODRÍGUEZ, Jimena Beatriz, “Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información responsabilidad y publicidad”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, extra., 2013, p. 223: “existen determinadas intervenciones médicas o quirúrgicas que comparten una naturaleza híbrida, a caballo entre medicina curativa y satisfactiva como ocurre en los tratamientos de reproducción asistida”. Como ejemplo de estos supuestos de naturaleza híbrida, podemos citar la STS de 22 de junio de 2004 (RJ 2004\3958), relativa a un caso de intervención de reducción de mamas para remediar los dolores de espalda derivados de su hipertrofia mamaria y de una osteoporosis en fase inicial, como consecuencia de la operación, la paciente sufrió una necrosis masiva del único pecho intervenido con la pérdida total de la zona areola-pezones. El TS considera que la intervención tuvo una finalidad curativa y satisfactiva, por lo que la prestación médica participó del doble carácter de obligación de medios y de resultado. Asimismo, la STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789), contempla el caso de un fallecimiento como consecuencia de producirse durante el embarazo una eclampsia asociada a un síndrome de Hellp. El Tribunal distingue entre medicina satisfactiva y curativa, señalando que la fecundación in vitro es satisfactiva, pero el tratamiento de las complicaciones del embarazo, curativa.

desde una exigencia de resultado a una obligación de medios cualificada, inscribiéndose en las modernas tendencias en esta materia.

5.2.- Evolución jurisprudencial

5.2.1.- Primera etapa: obligación de resultado

En una primera etapa, la responsabilidad del médico se asemejaba a una obligación de resultado. Así, la STS de 28 de junio de 1997 (RJ 1997\5151), en un supuesto de muerte de un paciente que se somete a un lifting, califica los casos de medicina voluntaria como contratos de arrendamiento de servicios que se aproximan al arrendamiento de obra: “el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue , ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.”

En esta etapa cabe destacar la STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ 2011\2711), por la importante novedad que introduce, declarando que las intervenciones realizadas con ocasión de la denominada “medicina voluntaria”, incluso cuando tiene finalidades curativas, constituyen una relación contractual entre médico y paciente que se califica como contrato de obra, que incorpora una obligación de resultado. Así, en un caso de cirugía maxilofacial que requirió nuevas intervenciones, quedando secuelas al paciente, afirma que “se puede dar un paso más, ya iniciado jurisprudencialmente: en la medicina llamada voluntaria, incluso curativa como en el presente caso, la relación contractual médico-paciente deriva de contrato de obra, por el que una parte –el paciente– se obliga a pagar unos honorarios a la otra –médico– por la realización de

una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso”.

Igualmente, la STS de 22 de julio de 2003 (RJ 2003\5391), en una intervención realizada para resituar los senos, señalo que “el caso presente encaja en lo que se denomina medicina voluntaria ya que la actora acudió al médico para una mejora del aspecto físico y estético (...) es obvio que el cliente-paciente no acudiría al facultativo sino en la seguridad posible de obtener la finalidad buscada de mejoría estética”.⁹²⁸

5.2.2.- Segunda etapa: obligación de medios cualificada

En una segunda etapa, se ha dulcificado la naturaleza de la obligación produciéndose un cambio de criterio en la doctrina del Tribunal Supremo que pasa a calificar el deber del profesional como obligación de medios acentuada o cualificada⁹²⁹. Dicha línea jurisprudencial se inaugura con la STS de 21 octubre de 2005 (RJ 2005\8547) que, si bien condena al cirujano plástico por infracción del deber de información de los riesgos, declara que “la intervención quirúrgica del médico demandado está prevista en el estado de conocimiento de la ciencia médica en el momento de su práctica como idónea para conseguir el resultado pretendido y fue practicada correctamente con arreglo a la técnica y práctica médica. Es por ello que

⁹²⁸ Asimismo, pueden citarse como ejemplos de la línea jurisprudencial de esta primera etapa, la STS de 11 febrero de 1997 (RJ 1997\940) o de 2 diciembre de 1997 (RJ 1997\8964).

⁹²⁹ En relación con las intervenciones estéticas realizadas a menores, véase MANJÓN RODRÍGUEZ, Jimena Beatriz, “Configuración jurídica y evolución jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información responsabilidad y publicidad”,... ob. cit., pp. 224 y 225 que señala que “resultaría conveniente, establecer con carácter básico y a nivel estatal niveles de protección adicionales en relación con los menores como sujetos especialmente vulnerables a estas intervenciones.”

no cabe hacer al Dr. Carlos Manuel ningún juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad, pero incluso se debe decir que falta el elemento de la causalidad en su secuencia de causalidad jurídica –criterio de imputación objetiva o de atribuibilidad del resultado”. Posteriormente, la STS de 20 de noviembre de 2009 (RJ 2010\138) señalará que “(...) la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos (...)”.

En la misma dirección, la STS de 4 octubre de 2006 (RJ 2006\6428), relativa al daño provocado por un tratamiento de implante capilar artificial basó la estimación de la responsabilidad médica en la insuficiencia de la información de los riesgos de la intervención. En el idéntico sentido, cabe traer a colación, la STS de 18 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9172), que fundamenta la existencia de responsabilidad por un síndrome compartimental -falta de riego sanguíneo y falta de oxigenación- que llega a producir isquemia en un antebrazo escayolado, en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar su aparición.

La esencia de este cambio de tendencia jurisprudencial radica en la consideración de que no existe diferencia sustancial entre la medicina satisfactiva y la curativa. Por todas, cabe citar la STS de 28 de junio de 2013 ((RJ 2013\4986) que señala que “la distinción entre obligación de medios y de resultados no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice, incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la necesaria o asistencial, cuyas diferencias tampoco aparecen muy claras en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como una condición de bienestar en sus aspectos, psíquicos y social, y no sólo físico”.

De este modo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo entiende que, aún en el caso de la medicina satisfactiva, la obligación del profesional sigue siendo de medios y ello porque, como declara en la STS de 20 noviembre de 2009 (RJ 2010\138) ‘los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual’.

En todo caso, esta recalificación de la naturaleza de la obligación que asume el prestador de servicios de medicina satisfactiva, que pone de relieve su carácter acentuado o cualificado, aparece modulado por dos circunstancias⁹³⁰. Por un lado, en la medicina satisfactiva existe una

⁹³⁰ En relación con los tratamientos estéticos, no aplicados por profesionales sanitarios, se muestra partidaria a su casi total asimilación, en cuanto a su régimen jurídico, a la medicina estética, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 10, 2011, p. 25 sostiene que “es casi total la asimilación, en cuanto a su régimen jurídico, de los tratamientos de naturaleza estética con los de asistencia médica en esta materia, aunque no se administren o proporcionen por médicos titulados o por profesionales de la sanidad, tanto en materia de información como en lo atinente a la naturaleza de la obligación asumida por quien contrata con el particular que se somete a

exigencia de información mayor y más exhaustiva que la requerida en la asistencia sanitaria curativa. En este sentido, los tribunales otorgan una gran importancia al aspecto de la información al paciente, hasta el punto de convertirlo en la real diferencia entre medicina satisfactiva y curativa⁹³¹.

La antes citada STS de 4 de octubre de 2006 ya señaló que “estamos ante un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria en el que se acentúa la obligación de informar sobre los riesgos y pormenores de una intervención que permita al interesado, paciente o cliente, conocer los eventuales riesgos para poderlos valorar y (...) prestar su consentimiento o desistir de la operación, habida cuenta la innecesidad de la misma (...)”. Así las cosas, la publicidad no puede inducir a error en el usuario sobre los verdaderos resultados que puede obtener por tratarse de una actividad que, como tal, tiene un margen inevitable de imprevisibilidad que impide el aseguramiento total del resultado. En este sentido, la referida sentencia señala que “(...) los hechos de la sentencia refieren la difusión por parte del centro de una campaña publicitaria

un tratamiento para mejorar su aspecto, que se aproxima mucho a la de resultado o lo es directamente, si éste se hubiera garantizado. En esta misma línea, la AP de Asturias, en sentencia de 25 mayo 2009, afirma, en relación con el uso inadecuado de una máquina de fotodepilación en atención al tipo de piel de la clienta, siendo el tratamiento estético no aplicado por profesionales de la medicina, que «el hecho de que la actuación estética no se lleve a cabo por un profesional de la medicina no exonera al demandado del deber de evitar la producción del daño; antes bien si su realización implica el riesgo de causar lesiones, ha de cumplir la diligencia precisa para la utilización del aparato para cuyo uso se halla autorizado e informar al que somete a aquel de cuantas actuaciones sean necesarias para evitar la causación de lesiones».”

⁹³¹ Así, entre otras muchas, la STS de 23 octubre de 2008 (RJ 2008\5789): “La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva (SS. 28 de noviembre de 2007; 29 de julio de 2008; revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria (SS., entre otras, 29 de octubre de 2004; 26 de abril de 2007; 22 de noviembre de 2007).”

capaz de inducir a error al consumidor (...) de que el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible (...). Ello (...) viene a garantizar el resultado comprometido, (...) *para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios (...)*". Por otro lado, el médico solo responde del resultado pretendido si éste se acordó expresamente o se garantizó al paciente, en cuyo caso se configuraría como una obligación de resultado. En este sentido, la STS de 27 de septiembre de 2010 (RJ 2010\5155), relativa a una actuación médica en una abdominoplastia que derivó en deformidades del paciente, señalo que "no es posible mantener en el ejercicio de la actividad médica la distinción entre obligación de medios y de resultado salvo que el resultado se pacte o se garantice". Para poder conocer si existe pacto sobre el resultado perseguido, circunstancia especialmente compleja dado que habitualmente no existirá una estipulación contractual que así lo establezca, juega un importante papel la publicidad como elemento determinante de las obligaciones del médico, atendiendo a su carácter vinculante. Ello no es sino manifestación de la integración del contenido publicitario en el contrato que prescribe el vigente artículo 61.2 TRLGDCU (en el caso enjuiciado antiguo artículo 8 de la LGDCU de 1984) cuando determina que el contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato⁹³².

⁹³² En el caso de que quede acreditado que se pactó un determinado resultado, surge la cuestión de la incidencia de la opinión subjetiva del paciente. Al respecto, DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, "El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética", *supra cit.*, p. 29, indica que "el gusto del paciente no puede ser lo determinante en la valoración de si el

Por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa, el trato dado a la medicina satisfactiva viene determinado por el ámbito de la asistencia sanitaria pública, puesto que, como es sabido, el sistema sanitario público únicamente asume intervenciones de medicina satisfactiva en las que se entremezclan fines curativos⁹³³. Por ello, en este tipo de procesos, los pronunciamientos judiciales suelen esforzarse en diferenciar los aspectos de medicina satisfactiva para puntualizar que ésta resulta accesorio y vinculada a necesidades vitales⁹³⁴.

obtenido es o no satisfactorio. (...) Es preciso, por tanto, realizar una valoración conjunta de la prueba (historia clínica, fotografías, informes periciales...) para poder concluir si existió incumplimiento del contrato. Por otra parte, el sentimiento de frustración del paciente por lo que entiende un resultado inadecuado del tratamiento estético puede estar ligado a representaciones idílicas pero inalcanzables porque las circunstancias que le rodean no lo permitan o lo hagan imposible, de modo que hay que introducir factores que reduzcan la subjetividad (SAP Madrid 7 junio 2007). Lo esencial en estos casos es que los profesionales hayan informado previa y comprensiblemente de los resultados que podían esperarse en esas concretas circunstancias y condiciones personales, acomodando las expectativas del cliente que pudieran no ser razonables a la realidad de su situación personal. Desde luego, si en lugar de limitarlas o reducirlas a su justo término con una información adaptada al caso concreto, se incentivaron sus esperanzas en un resultado del tratamiento que no podía alcanzarse, bien con afirmaciones en esa dirección, bien incluso con silencios significativos, podría llegar a entenderse que formaba parte del contenido del contrato la consecución de aquél y, por tanto, de no obtenerse finalmente se habría producido incumplimiento generador de responsabilidad contractual.”

⁹³³ El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, excluye en su artículo 5.4.a)4º las técnicas, tecnologías o procedimientos que tengan como finalidad la mejora estética o cosmética.

⁹³⁴ En este sentido, MONTALVO REVUELTA, Pablo, “Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, p. 207 considera interesante “la distinción que hacen nuestros tribunales a la hora de diferenciar dentro de un mismo proceso entre una cirugía asistencial y otra satisfactiva dentro del mismo proceso, donde se establece que ésta es meramente accesorio de la otra, cuya finalidad es curativa, ya que en otro caso el servicio público de salud no hubiera asumido dicha intervención al no estar la cirugía estética incluida en el catálogo de prestaciones”.

En cualquier caso, al igual que en la jurisdicción civil, la jurisprudencia de la Sala Tercera, insiste en la necesidad de intensificar los deberes de información en el caso de la medicina voluntaria. Por ejemplo, así lo declara la STS 3ª de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012\10199) señalando que “el deber de información asistencial adquiere mayor intensidad en cuanto se trata de la denominada medicina satisfactiva, que como señala la Sentencia de 2 de octubre de 2007(recurso 9208/2003), con cita de la de 3 de octubre de 2.000 (recurso 3905/1996), se trata de una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo, en la que no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional y ello acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos y pormenores de la intervención, lo que tampoco significa que deba reprocharse a la Administración todo resultado adverso producido en este ámbito de la medicina, que no sucederá, como igualmente hemos declarado en nuestra Sentencia de 22 de noviembre de 2.011 (recurso 4823/2009), si la actuación sanitaria ajustada a la praxis médica va precedida de una información comprensible que incluya la veraz advertencia de que la satisfacción estética o funcional buscada no está plenamente garantizada”.⁹³⁵

⁹³⁵ En relación con el tratamiento de la medicina satisfactiva en la jurisdicción contencioso-administrativa, MONTALVO REVUELTA, Pablo, “Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, *supra cit.*, p. 206, apunta que uno de los motivos más frecuentes de reclamación, que no se produce en la jurisdicción civil, guarda relación con la problemática de las lista de espera quirúrgicas, señalando que en estos casos, nuestros tribunales vienen determinando que una paciente tenga que sufrir un retraso en su intervención quirúrgica, pasando a lista de espera, hecho que ha sido calificado como inconveniente por el doctor que le intervino (y de quien se dice que su atención fue plenamente satisfactoria, así como sus resultados) no es sino eso, un inconveniente

A la vista de la evolución jurisprudencial analizada, la idea de culpa, característica de la responsabilidad por prestación de asistencia sanitaria, se mantiene también en la medicina satisfactiva, que se configura como una obligación de medios. En todo caso, se trata de una obligación de medios cualificada en la que los deberes de información al paciente se intensifican extraordinariamente⁹³⁶.

6.-APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO

6.1.- Planteamiento

La jurisprudencia, si bien de modo oscilante, ha entendido aplicable el actual artículo 148 del TRLGDCU (antiguo artículo 28 de la LGDCU) a los servicios sanitarios⁹³⁷. Como resulta conocido el

derivado de la situación de los servicios sanitarios. Recuerdan que la obligación de la administración demandada es de prestación de medios y no de resultados, y los medios son los material y humanamente posibles. Es decir, nuestros tribunales resuelven la problemática de la lista de espera con la idea de que la administración tiene unos medios limitados y es sobre la base de los mismos como se debe juzgar la asistencia, lo que no es óbice que en determinados casos y a pesar de esos medios limitados, el paciente tenga el deber jurídico de ser indemnizado.

⁹³⁶ En el fondo, la nueva línea jurisprudencial se corresponde con la que también se prevé en el DCFR. En sentido, RAMOS GONZÁLEZ, SONIA “Servicios médicos”...,ob.cit., p. 1347 alaba como aspecto novedoso del DCFR que abandona la asociación entre medicina voluntaria y obligación de resultado. La opción del DCFR le merece una valoración positiva porque la configuración de la obligación del facultativo como de resultado no depende necesariamente del tratamiento médico sino de la voluntad de las partes.

⁹³⁷ Como señala PANIZA FULLANA, Antonia, “La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario: relectura de los artículos 28 LGDCU (artículo 148 del TRLGDCU) y 139 LRJ-PAC a la luz de las resoluciones de los tribunales”, en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir), *Los avances del Derecho ante la Medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 384 “a pesar de los continuos vaivenes jurisprudenciales, parece que el sistema de responsabilidad se aplica, según la jurisprudencia, en aquellos supuestos en que la responsabilidad no está individualizada,

TRLGDCU establece dos sistemas de responsabilidad en el ámbito de los servicios prestados a consumidores: un régimen general de responsabilidad subjetiva pero con inversión de la carga de la prueba (artículo 147, antiguo artículo 27 LGDCU)⁹³⁸ y un régimen especial de responsabilidad objetiva (artículo 148, antiguo artículo 28 LGDCU)⁹³⁹. Este último precepto dispone que “en todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los *servicios sanitarios*, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte”.

Así las cosas, la dicción literal del precepto parece apuntar a que la voluntad del legislador era el establecimiento de un sistema en el que el

seguramente por los riesgos que conlleva la aplicación de este sistema”. Sobre el mismo tema, cfr. PANIZA FULLANA, Antonia, “La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDCU (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)”, *Aranzadi civil*, Nº 1, 1998, pp. 71-112 y PANIZA FULLANA, Antonia, “Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores (aplicación del artículo 28 de la LGDCU a un supuesto de responsabilidad sanitaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998)” *Revista General del Derecho*, nº 652-653, pp. 75-84. También DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo “El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria”, en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, (Dir), ob.cit., pp. 192 y 193, de GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, 4ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2004, pp. 84-88, y de SEGURA GARCÍA, Belén, “Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria”, en LARIOS RISCO, David, (Coord.), *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 375-376.

⁹³⁸ Señala que “los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”.

⁹³⁹ Que reza así: “Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario”.

prestador de servicios sanitarios respondiera en todo caso de los daños originados en el correcto uso de dichos servicios, prescindiendo de la idea de culpa. Sin embargo, esta inclusión de los servicios sanitarios en el sistema de responsabilidad objetiva de la normativa de consumidores se opone a la consolidada línea jurisprudencial que venía, y viene, defendiendo la configuración de la responsabilidad médica como una obligación de medios, en la que únicamente cabe exigir la prestación de la asistencia sanitaria conforme a la *lex artis*.

La oscilación jurisprudencial en este ámbito permite diferenciar varias etapas en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la tormentosa y “revolucionaria” responsabilidad objetiva prevista en la normativa de consumidores en la asistencia sanitaria, cuyos principales hitos jurisprudenciales pasamos a exponer⁹⁴⁰.

6.2.- Evolución jurisprudencial

6.2.1.- Primera etapa. Preterición de la normativa de defensa de los consumidores.

En una primera etapa, desde que se aprueba la LGDCU en 1984 hasta 1994, se aprecia una total ausencia de resoluciones judiciales que en su fundamentación jurídica apliquen la norma al consumidor de servicios sanitarios. No se trata tanto de que no se aplique como de que ni siquiera se invoque ni en la *ratio decidendi* ni en los *obiter dicta* de las sentencias del Tribunal Supremo

6.2.2.- Segunda etapa. Inaplicación de la normativa de defensa de los consumidores.

⁹⁴⁰ Así la sistematiza GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, ob. cit, 2011, pp. 281-289.

Durante esta segunda etapa, el Tribunal Supremo comienza a hacer referencia a la LGDCU en sentencias dictadas en el ámbito de la prestación de servicios sanitarios, eso sí, para negar que resulte aplicable, defendiendo la continuidad del criterio jurisprudencial favorable a la responsabilidad por culpa. Esta segunda etapa viene marcada por las STS de 22 de julio de 1994 (RJ 1994\6581), primera resolución judicial en la que el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la aplicación del artículo 28 LGDCU a la responsabilidad médica, afirmado que la Ley tiene un mero alcance informador del ordenamiento jurídico y manteniendo la exigencia de que quede acreditada la culpa:

“[E]l régimen de responsabilidad a que se someten los productos y servicios que enumera, entre ellos, los servicios sanitarios, no es tan objetivamente puro como pretende la parte recurrente, ya que el número 1 del mismo artículo y el número 1.a) del anterior, el 27, hacen referencia a «cuando por su propia naturaleza o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor» y «responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que les regulan». Pero es que, además, en atención a que la Ley que se está analizando genera y comporta, sustancialmente, su ámbito obligacional y sancionador al campo administrativo, no cabe admitir, sin más, que consagre el principio de responsabilidad institucional hospitalaria de carácter objetivo, en cuanto que, en su caso, la proyección de la susodicha Ley a los supuestos de daños derivados de responsabilidad contractual y extracontractual, concretamente, los acaecidos en el campo de la

asistencia hospitalaria y sanitaria médico-quirúrgica, vendría supeditada a la concurrencia ineludible del factor culposo o negligente prevenido en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil,(...)”⁹⁴¹.

En similar sentido, la STS de 29 de julio de 1994 (RJ 1994\6937), la cual, con el simple argumento de que basta una lectura del precepto, declara que, a pesar de que LGDCU menciona expresamente los servicios sanitarios en el artículo 28 LGDCU, no resulta aplicable a los mismos:

“(...) para comprender que, aun cuando en el párrafo segundo se menciona a los servicios sanitarios, en modo alguno resulta aplicable este precepto para una posible exacción de responsabilidad médica, que una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan -arrendamiento de servicios y no de obra”.

⁹⁴¹ La doctrina se muestra mayoritariamente en contra de la argumentación contenida en esta Sentencia. Así, PANIZA FULLANA, Antonia, “La responsabilidad civil medico sanitaria (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)”, ob.cit. pp. 44 y 45: “La argumentación de la Sentencia es criticable. La LGDCU desarrolla el mandato establecido por el artículo 51 de la Constitución. Toda la Ley está impregnada por el principio favor consummatoris, luego su misión no es la de «informar» el ordenamiento jurídico sino la de aplicar y hacer efectivo el principio informador en cuestión. Por un lado, es un error confundir la Ley con el principio que recoge; por otro, la afirmación supone desconocer que la eficacia informadora de un principio general del Derecho se ve robustecida por la aplicación directa, aunque subsidiaria en defecto de ley o costumbre. En definitiva, parece que la Sentencia olvida o ignora que un principio general del Derecho también es fuente del ordenamiento jurídico. Además resulta, asimismo, al menos curioso, que en esta Sentencia se califique la LGDCU como una «Ley marco», y en otras ocasiones, aunque sea para supuestos diferentes (por ejemplo, responsabilidad derivada de productos defectuosos), el mismo ponente la aplique o se apoye en ella para fundamentar una sentencia”

Igualmente, la STS de 11 febrero de 1997 (RJ 1997\940), señala que “esta Sala ha dicho de forma reiterada que en materia de culpa médico-sanitaria queda descartada toda idea de culpa más o menos objetivada, rigiendo con todo su rigor los principios subjetivistas que consagra el derecho positivo y que exigen de quien alega su existencia la prueba del proceder cuyo reproche se insta, la del daño devenido y la de la debida relación causal.”⁹⁴²

6.2.3.- Tercera etapa. Aplicación de la normativa de defensa de los consumidores.

⁹⁴² Por lo que se refiere a la jurisprudencia menor en esta segunda etapa que analizamos, por la claridad de sus argumentos merece ser destacada la SAP de Toledo, de 13 de mayo de 1994 (AC 1994\892), que condena al fabricante de un dispositivo intrauterino defectuoso y al INSALUD, que llevó a cabo la colocación del dispositivo, con fundamento en los artículos 25 y 28 de la LGDCU, admitiendo de forma expresa que los servicios sanitarios se sujetan al régimen de responsabilidad plenamente objetiva previsto en artículo 28: “El art. 28.2 de la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere, entre otros, a los «servicios sanitarios» como una de las modalidades que «en todo caso» se sujetan al régimen de responsabilidad plenamente objetiva previsto en el apartado primero de ese precepto, según el cual «se responderá de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario». Dejando a un lado la escasa fortuna técnica del precepto, lo que se extrae de su lectura es que los servicios sanitarios prestados a los consumidores han de reunir la seguridad y la eficacia propia del servicio concreto que en cada caso se preste, medida de acuerdo a criterios objetivos, para que sean recibidos en las «debidas condiciones» de idoneidad por el usuario. Como ha señalado la doctrina, el servicio que se presta es defectuoso cuando no responde al servicio debido de acuerdo con lo contratado («interés contractual en la prestación»), y también cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias.”⁹⁴² Sin embargo, mayoritariamente las Audiencias Provinciales negaron la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva de la normativa de consumidores al acto médico, por ejemplo; SAP de Asturias de 18 de enero de 1995 (AC 1995\136) o SAP de 7 junio de 1996 (AC 1996\1082).

La tercera etapa en la evolución de la jurisprudencia sobre a la aplicación de la normativa de consumidores, se inicia con la conocida STS de 1 de julio de 1997 (RJ 1997\5471) y la posterior STS 21 de julio de 1997 (RJ 1997\5523), la cual tiene como punto de referencia la anterior. La mencionada STS de 1 de julio de 1997 reconocerá de la posibilidad de emplear el régimen de responsabilidad de la entonces vigente Ley 26/1984 comenzando por reconocer al usuario de servicios sanitarios la condición de consumidor:

“ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1º de la expresada Ley, que el recurrente en cuanto «persona física» que utiliza unos «servicios», reúne la condición de «usuario» «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden»”.

Como corolario de lo anterior, aplicará el régimen de responsabilidad objetiva previsto en la norma

“Conforme al sistema de «garantías y responsabilidad» que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los «sometidos a su régimen» los «servicios sanitarios», conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así

reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad», hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por *pseudomona aeruginosa*, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario”.

Por su parte, la STS de 21 de julio de 1997, reitera los argumentos de la anterior Sentencia y señala que “resulta que la demandante ingresa en un centro sanitario de INSALUD por una fractura consecuencia de una caída y tras diversas curas e intervenciones quirúrgicas, termina con una pierna amputada. INSALUD como empresaria de aquel centro tiene responsabilidad directa de aquel hecho, por el artículo 1903, párrafo 4º, del Código Civil y responsabilidad objetiva no sólo por la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual, sino también por aplicación de la Ley de consumidores y usuarios. Ciertamente, el artículo 1903 presupone una actuación culposa, pero ésta, tal como acredita la sentencia recurrida (fundamento 2º) se deduce del propio resultado producido.”

No obstante, cabe destacar que, en ambos casos, aunque se cita como aplicable la LGDCU a los servicios sanitarios y se declara la existencia de responsabilidad, se continúa haciéndolo en atención a la culpa o negligencia del prestador del servicio. Así, el fundamento de la sentencia condenatoria se encuentra en la falta de coordinación entre los profesionales y en la apreciación de que la infección que sufrió el paciente se pudo haber previsto y evitado.

A partir de estos dos pronunciamientos, se dictará por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo un nutrido grupo de sentencias [entre otras, cabe citar las SSTs de 11 de febrero de 1998 (RJ 1998\707); 18 de junio de 1998 (1998\5290); 9 de junio de 1998 (RJ 1998\3717); 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9427) o 30 de diciembre de 1999 (RJ 1999\9752)] que tienen en común declarar aplicable a los servicios sanitarios la LGDCU. Sin embargo, en todas ellas, se aplica la responsabilidad objetiva de la normativa de consumidores para declarar la responsabilidad del centro, no del profesional sanitario. El argumento, repetido en las sentencias citadas, indica que:

“las prerrogativas para el acto médico (no inversión de la carga de la prueba, ni presunción de culpa...) no son de aplicación a los centros sanitarios; a mayor abundamiento, tal como dice la Sentencia de 1 julio 1997) y reitera la de 21 julio 1997, son aplicables a este supuesto los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto el paciente era consumidor (art. 1), utilizó unos servicios (art. 26), entre los que se incluyen los sanitarios (art. 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el Capítulo VIII (arts. 25 y ss.); en defecto de los niveles de pureza presumidos por la Ley, de eficacia o seguridad, que

suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden o deben impedir, de suyo y por regla general, infecciones subsiguientes a una intervención en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio, y cuando estos controles fallan de manera no precisada, o bien dejan de funcionar por razones atípicas en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva.”⁹⁴³

Así las cosas, la STS de 31 enero de 2003 (RJ 2003, 646) parece dar un paso más en la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad de consumidores a los servicios sanitarios. De este modo, en el fundamento jurídico dedicado al análisis de la responsabilidad del médico, si bien se señala que la dicha responsabilidad deriva esencialmente de la doctrina del daño desproporcionado, se finaliza declarando aplicable, además, la LGDCU a la responsabilidad de los facultativos: “A lo anterior debe sumarse la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por esta Sala en unas primeras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de

⁹⁴³ En este sentido, LUNA YERGA, Álvaro, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2002” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2013, pp. 9 y 10: “En ninguna de las Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en la materia ni, en particular, en las cinco Sentencias anteriores en que se recoge el mismo fundamento jurídico –en algún caso, literalmente–, el art. 28.2 LGDCU constituyó el fundamento de la eventual condena de los facultativos o personal sanitario demandados sino que se aplicó exclusivamente para fundamentar la responsabilidad civil del centro sanitario conjunta o individualmente demandado”.

9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: «...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad”, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros. Producido y constatado el daño...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad».”⁹⁴⁴. No obstante, debe reseñarse que esta sentencia contiene un voto particular en el que se pone de manifiesto la imposibilidad de aplicar la responsabilidad objetiva de la LGDCU a la responsabilidad de los facultativos intervinientes⁹⁴⁵.

⁹⁴⁴ En el mismo sentido encontramos la STS de 18 marzo de 2004 (RJ 2004\1823) o la STS de 17 noviembre de 2004 (RJ 2004\7238). Asimismo, siguen el mismo criterio algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales, como la SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2007 (AC 2007\2094) o la SAP de Burgos de 7 marzo de 2012 (AC 2012\411).

⁹⁴⁵ Dicho voto particular lo formula el magistrado Francisco Marín Castán quien se opone a la aplicación de la LGDCU a la responsabilidad de los facultativos intervinientes por los siguientes motivos: “A) Aunque ciertamente algunas sentencias de esta Sala han aplicado el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico y hospitalario, no es menos cierto que la jurisprudencia, entendida como criterio constante y reiterado en la decisión de casos semejantes, rechaza abiertamente la responsabilidad objetiva del médico o del cirujano, esto es, su obligación de indemnizar tan sólo porque el resultado de su intervención no sea el deseado o agrave el estado del paciente, pues en la doctrina de esta Sala la prestación del médico se configura como una obligación de medios y no de resultado, salvo en los casos de medicina no curativa sino voluntaria o satisfactoria

6.2.4.- Cuarta etapa. Exigencia de culpa para el acto médico y aplicación a los aspectos funcionales del servicio

La doctrina jurisprudencial de aplicabilidad de la normativa de tutela de los consumidores, y por tanto del régimen de responsabilidad objetiva, verá cómo vuelve a desvanecerse, a partir de la STS de 26 de marzo de 2004 (RJ 2004\1668), que nuevamente exige que concurra el factor de culpa en el responsable: “[La LGDCU] no permite desvincular de manera absoluta e incondicional la aplicación de la misma de la concurrencia del factor culposo hecho mención, por lo que la responsabilidad a exigir del fabricante o suministrador no cabe fundamentarla exclusivamente en la noción de riesgo o en una presunción «ex lege» con desconexión total del resultado probatorio en cada caso, y en este aspecto, es de decir, además, que la lectura de los

(SSTS 31-7-1996, 10-12-1996, 25-1-1997, 20-6-1997, 29-5-1998, 19-6-1998, 12-3-1999, 18-9-1999, 23-10-2000, 20-11-2000, 20-3-2001, 4-2-2002 y 25-6-2002, por citar únicamente dos sentencias de cada año). B) La aplicación simultánea o acumulada de dicho precepto y del artículo 1902 del Código Civil es difícil de justificar, porque si la responsabilidad que aquél establece se entiende objetiva o por el resultado y la regulada por éste se funda en la culpa o negligencia, como inequívocamente dispone su texto y constantemente declara la jurisprudencia, esa aplicación acumulada equivale a sostener algo tan contradictorio como que la responsabilidad del médico es al mismo tiempo objetiva y subjetiva. C) Por ende, es más que dudoso que la expresión «servicios sanitarios» del artículo 28 LGDCU comprenda necesariamente la prestación individual médica o quirúrgica e incluso que, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico pueda calificarse sin más de objetiva, porque si el apartado 2 de dicho precepto, que es el que se refiere a tales «servicios», se pone en relación con su apartado 1, como parece obligado, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la «garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación» como los «controles de calidad», naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos, que el médico o cirujano demandado hubiera desconocido en su intervención. Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce inevitablemente a una consecuencia en sí misma tan indeseable e injustificable, incluso en el plano puramente práctico, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención”.

artículo 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984 y su interpretación racional y en conjunto no autoriza a prescindir del referido factor de culpa en el presunto responsable, independientemente de la existencia o no de culpa exclusiva, a su vez, en el usuario del producto”.

Esta resurrección de la configuración de la obligación del facultativo como mera obligación de medios, resulta también de la STS de 4 de diciembre 2007 (RJ 2008\251) que señala que “(...) la obligación contractual o extracontractual, del médico, y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, de modo que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba, admitida por el Tribunal Supremo para los daños con otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso”.

En cualquier caso, y a pesar de lo oscilante que se han mostrado nuestros tribunales, podemos afirmar que actualmente jurisprudencia y doctrina mayoritarias entienden que el régimen de responsabilidad objetiva de la normativa de consumidores resulta de aplicación a los actos funcionales del servicio de los centros sanitarios en que fue prestada la asistencia sanitaria, aplicando la responsabilidad por culpa en el caso de los actos médicos de los facultativos⁹⁴⁶.

⁹⁴⁶ Así, PARRA LUCAN, M^a Ángeles, “Comentario al artículo 148 del TRLGDCU” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los*

Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009 (también Westlaw, por donde citamos) p.6 indica que “en realidad, por su propia naturaleza, el contenido de la actividad desplegada por los médicos o el personal que presta directamente la asistencia sanitaria se define en términos de la diligencia en la realización de la prestación, lo que excluiría la aplicación de la responsabilidad objetiva del art. 28 de la LGDCU -art. 148 del TRLGDCU. Desde este punto de vista, la regla de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por servicios sanitarios establecía el artículo 28 de la LGDCU no debe ser aplicada a la responsabilidad personal del profesional sanitario sino al funcionamiento del servicio”; También GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, ob.cit., p. 289 afirma que “en consonancia con la más reciente jurisprudencia, que conforme a su específica naturaleza, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, en tal forma que la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente resulta aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios” *Idem.*, SALAS CARCELLER, Antonio, “La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007”, *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 1, 2008, p.3 que señala que “el paciente, en cuanto consumidor, tiene derecho a que exista una adecuada organización de los servicios médicos para que la prestación de los mismos se realice de forma adecuada (medios a disposición de los facultativos, especialidades, guardias etc.); sin embargo, todo lo que afecte a la propia actuación del médico en el ámbito de la «*lex artis*» queda fuera de toda idea de relación como consumidor y la responsabilidad resultante, con sus características distintas ajenas a cualquier clase de responsabilidad objetiva, será exigible al médico y a los titulares responsables de los centros sanitarios según lo dispuesto en el Código Civil y no conforme a la normativa de defensa de los consumidores.”; RUBIO TORRANO, Enrique, “Nacimiento con lesiones y secuelas: fallo organizativo hospitalario y responsabilidad del centro sanitario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, 2009, p.222 se hace eco de que “ciertamente la Sala Primera del TS ha admitido la invocación de la misma por el defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien viene señalando que los criterios de imputación de la citada Ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, sin alcanzar los daños imputables a los actos médicos.” En el mismo sentido, ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad civil médica”, ob.cit., p. 26-27 explica que “si la lectura de mucha de la jurisprudencia de los años noventa del pasado siglo y de parte de la primera década del presente arrojaba un resultado de fondo francamente objetivador, hoy da toda la impresión de que el respeto a la culpa no es algo formal: no se recurre para fundamentar la condena al daño desproporcionado y se ha sentado una interpretación subjetiva del fundamento indemnizatorio de la normativa de los consumidores. Resultado de ello es que la mayor parte de las condenas se basan en vulneración de deberes de

Al respecto cabe citar, por todas, la STS de 28 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8427) que, realizando una interpretación conjunta de los apartados 1 y 2 del artículo 28 LGDCU, niega su aplicación a la actividad del facultativo pues supondría tratar del mismo modo al que ha obrado según la *lex artis* que áquel que no lo ha hecho: “La expresión «servicios sanitarios» del artículo 28 no comprende la prestación individual médica o quirúrgica, e incluso, de considerarla incluida, la responsabilidad del médico no puede calificarse sin más de objetiva, pues si el apartado 2 de dicho precepto, que es el que se refiere a tales «servicios», se pone en relación con su apartado 1, como parece obligado, siempre quedarán por identificar adecuadamente tanto la «garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación» como los «controles de calidad», naturalmente exigibles o reglamentariamente establecidos, que el médico o cirujano demandado hubiera desconocido en su intervención. Es más, la superposición de los dos regímenes de responsabilidad conduce inevitablemente a una consecuencia en sí misma tan indeseable e injustificable, incluso en el plano puramente práctico, de acabar midiendo por el mismo rasero al médico diligente que al negligente, al cuidadoso que al descuidado, en cuanto ambos responderían siempre y por igual de cualquier resultado no deseado de su intervención.”

Así, la jurisprudencia viene declarando la aplicabilidad de la normativa de protección del consumidor respecto de la responsabilidad derivada de los servicios sanitarios sobre sus aspectos funcionales, no

información o en la existencia de faltas de organización o servicio, pero no en la falta de pericia médica.” Finalmente, LUNA YERGA, Álvaro, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica”, *ob.cit.*, p.9, para quien “someter a los médicos y personal sanitario a un régimen de responsabilidad objetiva por la mera causación de un daño no parece adecuado, con carácter general, por varios motivos de diverso calado”.

pudiendo alcanzar a los daños imputables directamente por los actos médicos (SSTS de 1 de julio de 1997, RJ 1997\5471; de 5 de enero de 2007, RJ 2007\552 y de 7 de mayo de 2007, RJ 2007\3553; entre otras).

En este sentido, resulta clarificadora la STS de 18 de mayo de 2012 (RJ 2012\6356), la cual delimita la aplicación de la normativa de consumidores señalando que:

“esta responsabilidad respecto del facultativo se desestima puesto que la normativa de consumidores no ha sido aplicada en la sentencia ni pudo aplicarse. Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha”.

Ahondando en la delimitación del ámbito de aplicación de la normativa de consumidores a los servicios sanitarios, DÍAZ-REGAÑÓN, con apoyo en la STS de 5 de febrero de 2001 (RJ2001\541), enumera los distintos supuestos en los que suele aplicarse la normativa de consumidores: casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario (infecciones nosocomiales), o a consecuencia de transfusiones de sangre, de fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención o, en fin, de

daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención⁹⁴⁷.

En cualquier caso, parte de la doctrina pone de relieve que, a la postre, no está claro que la regla de responsabilidad objetiva del artículo 148 TRLDCU sea algo tan distinto de una responsabilidad por culpa, puesto que ha de concurrir un cierto incumplimiento de los niveles de eficacia o seguridad exigibles, circunstancia que implica una actuación culposa⁹⁴⁸.

6.3.- Aplicación a las infecciones nosocomiales

Especial referencia cabe realizar a la aplicación a las infecciones nosocomiales, esto es, aquéllas contraídas durante la estancia hospitalaria que no se habían manifestado ni estaban en período de incubación en el momento de la internación del paciente. En estas condiciones, tales infecciones, cuando tienen lugar 48 horas después del internamiento, suelen considerarse nosocomiales. Su prevalencia en el medio

⁹⁴⁷ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Servicios sanitarios y art. 28 LCU ¿responsabilidad objetiva o por culpa?” en *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, p. 19. Disponible en la web de CERSCO por donde citamos en: <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/17/2006/17-2006-1.pdf>.

⁹⁴⁸ GALÁN CORTÉS, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, ob.cit., p. 304. Para DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Servicios sanitarios y art. 28 LCU ¿responsabilidad objetiva o por culpa?”, ob. cit, pp. 6 y 7, defiende que “la presencia del concepto de “defecto” en la aplicación del art. 28 LCU permite rechazar determinadas posiciones doctrinales proclives a defender la aplicación de la norma con la única prueba del nexo causal entre el daño y el servicio prestado. Por tanto, si para algo sirve –o debe servir- la determinación de esos niveles es para que, una vez efectuada la concreción de los mismos, el demandado responda ex art. 28 LCU si su conducta se encuentra extralimitada de aquella concreción”. Vid. también, opinión de GOMEZ CALLE, Esther, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, nº 4, 1998, pp. 1763-1765, para quien la tradicional diferencia entre obligación de medios y obligación de resultados no puede servir de excusa para no aplicar el artículo 28.2 de la LGDCU.

hospitalario cobra importancia al constituir un indicador del nivel de calidad de la asistencia sanitaria prestada⁹⁴⁹.

En relación con el régimen de responsabilidad por infección hospitalaria, el análisis de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo durante los últimos años muestra una tendencia general a una responsabilidad presidida de nuevo por la idea de culpa, aunque determinando una inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar el prestador del servicio sanitario que adoptó las medidas adecuadas para prevenir la infección⁹⁵⁰.

⁹⁴⁹ La evidente relación entre la prevalencia de infecciones nosocomiales y la calidad asistencial ha sido puesta de manifiesto por MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA, Elena, “La responsabilidad patrimonial por contracción de infecciones en el ámbito hospitalario: evolución, control y registro de datos”, *Derecho y Salud*, Vol. 21, nº 2, 2011, p. 156, señalando que “hasta la fecha se cuenta con numerosos estudios y Guías de recomendaciones, -locales, regionales o autonómicos-, confeccionados por los Servicios de Medicina Preventiva o Enfermedades Infecciosas de los Hospitales, o por sus Sociedades científicas, o por las Comisiones de infecciones implantadas en los Hospitales de referencia, Agencia de Calidad del SNS, u otros homónimos de las CCAA, etc, dirigidos a obtener las pautas para reducir al mínimo las tasas de prevalencia de la infección, teniendo en cuenta cuál es ésta (p.e. de Herida tras cirugía), o de dónde procede (el quirófano o la UCI) o una técnica quirúrgica. En su introducción coinciden en afirmar que el análisis y la prevención de estas infecciones ponen en tela de juicio el atributo de la Calidad, de la que se derivan los rasgos de “eficacia, efectividad, agilidad, accesibilidad, seguridad, continuidad, información y trato” (no en vano la prevalencia de la IN es uno de los indicadores de Calidad fijados por la OCDE).(...) la mejora de la calidad asistencial se ha de focalizar en su dimensión más relevante y dinámica que es la de proporcionar protección y seguridad a los enfermos.”

⁹⁵⁰ No obstante, es posible encontrar algún pronunciamiento de la Sala 3ª que se aparta de esa línea, por ejemplo, la STS 3ª de 5 de abril de 2002 (RJ 2002\3421), en la que se declara la responsabilidad con el único requisito de quedar acreditado el nexo causal, esto es, que el daño sufrido por el paciente trae por causa una infección hospitalaria. Asimismo, en materia de infecciones nosocomiales, algunos Tribunales Superiores de Justicia mantienen la aplicación rígida de una responsabilidad objetiva, que da lugar a indemnización con el único requisito de acreditar la existencia de la infección hospitalaria. Por ejemplo, STSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo de Castilla La Mancha de 15 de octubre de 1998 (1998\3528): “aun cuando los médicos que dictaminan en autos hablan de que la infección por pseudomona es imprevisible e inevitable estima la Sala que estos conceptos no se manejan en el sentido

De este modo, ante la aparición de una infección tras un ingreso hospitalario, corresponde al reclamante probar que, efectivamente, padece tal infección y que no la sufría antes de ser hospitalizado. Acreditados estos extremos, corresponde a la Administración acreditar que actuó conforme a la *lex artis* y, en estos supuestos, quedando demostrada la adecuación a la *lex artis* siempre que la Administración sanitaria demuestre que adoptó las medidas preventivas exigibles, tales como realizar la profilaxis antibiótica correspondiente en función del tipo de cirugía de que se trate o aplicar los procedimientos de asepsia adecuados en área quirúrgica, instrumental y personal sanitario⁹⁵¹.

jurídico que exige la fuerza mayor de imprevisibilidad y de irresistibilidad absolutas(...) El que pese a los controles y tratamiento aplicado no pudiera impedirse la infección no es debido a ninguna causa extraña o ajena a esos servicios sino producto de su propia insuficiencia.”; STSJ, Sala de lo Contencioso Administrativo de Galicia de 24 diciembre de 2003 (JUR 2004\65028) “cuando estas infecciones nosocomiales se producen es porque en algún momento se rompe la cadena de asepsia, de modo que aunque las medidas generales propuestas por el Servicio de medicina preventiva del Hospital Santa María Nai de Ourense son correctas, si se hubieran llevado a cabo de forma estricta no se habría producido la infección”; STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso Administrativo de 12 de mayo de 2011 (JUR 2011\206821): “la acreditación de la concurrencia de la infección inopinada contraída en el establecimiento hospitalario producida en el curso de la actuación médica y que actúa como causa eficiente del posterior daño es suficiente para la declaración de responsabilidad de la administración al resultar antijurídica la lesión “ ó STSJ de Asturias, Sala de lo Contencioso Administrativo de 28 de octubre de 2013 (JUR 2013\344568) “Hemos de reiterar aquí la doctrina que esta Sala ha expuesto en resoluciones precedentes, entre las que podemos citar la Sentencia de fecha 12-5-2011 , entre otras, en las que manifestamos que este tipo de infección se produce cuando se rompe la cadena de asepsia de tal modo que aunque las medidas generales observadas por el Servicio de Prevención sean correctas, ha de considerarse que, si surge la infección, es que no se llevaron a cabo de forma estricta.”

⁹⁵¹ Como indica ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad civil médica”, op. cit, pp. 404 y 405, el proceso de subjetivación de la responsabilidad de las Administraciones sanitarias se ha completado, alcanzando incluso las infecciones nosocomiales, que no suelen ir acompañadas de referencias a la responsabilidad objetiva de la Administración sino que se acude al criterio de la *lex artis*.

Cumplidos estos requisitos no ha lugar a responsabilidad por la contracción de infecciones nosocomiales ya que las mismas se consideran un riesgo inherente al ingreso hospitalario. Así lo entiende la mayor parte de los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Por todas, cabe citar la STS 3ª de 19 de julio de 2013 (RJ 2013\5875) que señala que “es claro que el mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves como en este caso. Hay que destacar que, en el estado actual de la ciencia y la técnica, el riesgo de infecciones es frecuente en los hospitales, sin que a menudo sea posible adoptar medidas eficaces para eliminarlo o paliarlo. Ello significa que contraer una infección en un hospital puede muy bien deberse a fuerza mayor en el sentido del artículo 139.1 de la Ley 30/1992 y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración”.⁹⁵²

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en los casos de infección nosocomiales suele aplicar el criterio de responsabilidad objetiva recogido en el artículo 148 TRLGDCU. Así

⁹⁵² En el mismo sentido, entre otras muchas, la STS 3ª de 11 de mayo de 1999 (RJ 1999\4917); STS 3ª de 12 de marzo de 2004 (RJ 2005\2819); STS 3ª de 22 de diciembre de 2006 (RJ2006\9587); STS 3ª de 23 de septiembre de 2009 (RJ 2009\7324); STS 3ª de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2010\8920); STS 3ª 14.6.2011 (RJ 2011\5294) ó STS 3ª de 9 de octubre de 2013 (RJ 2012\9798). Los distintos Tribunales Superiores de Justicia se pronuncian mayoritariamente en este mismo sentido. Por ejemplo, el TSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 30 de marzo de 2012 (JUR 2012\137097), en la que se afirma: “No puede concluirse que el contagio fuera consecuencia de un mal funcionamiento de la Administración sanitaria. La eliminación del riesgo de infecciones en un centro sanitario no puede ser absoluta; existe siempre un riesgo de contagio que, en los casos en que se hayan respetado los protocolos establecidos al respecto, determinan que el daño no pueda ser calificado como antijurídico. Aún adoptando todos los medios de control y prevención que el estado de los conocimientos de la Ciencia y la técnica permiten existen, por desgracia, riesgos que no son evitables en su totalidad”.

lo hace la STS de 1 julio de 1997 (RJ 1997\5471) o la STS 1ª de de 4 diciembre de 2007 (RJ 2008\251), que en un supuesto de contagio de hepatitis C por una transfusión, declara: que “la condena del centro hospitalario pronunciada por la sentencia recurrida no se funda únicamente del artículo 1903.4 CC, sino también en los artículos 25 y 28.2 LCU. Este último, incluyendo a los servicios sanitarios, establece una responsabilidad objetiva por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, o dispongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario”⁹⁵³

En definitiva, en el campo de las infecciones nosocomiales, la Sala 3ª del Tribunal Supremo viene manteniendo el criterio de la responsabilidad subjetiva teniendo en cuenta la adecuación de la actuación sanitaria a la *lex artis*; mientras que la Sala 1ª del Tribunal Supremo viene aplicando el criterio de la responsabilidad objetiva recogido en el artículo 148 del TRLGDCU. La doctrina se ha mostrado dividida en relación a si resulta más conveniente la aplicación de un sistema objetivo de responsabilidad o si, por el contrario, debe regir la regla de la *lex artis*, como en el resto de la actividad sanitaria⁹⁵⁴. En

⁹⁵³ La STS 1ª de 1 de julio de 1997 (RJ 1997\5471) aplicó por primera vez el artículo 28 de la LGCU al ámbito sanitario, en un caso de infección tras una operación de rodilla, que finalizó con la amputación de la pierna. A partir de dicha Sentencia, la Sala 1ª del TS se ha pronunciado en el mismo sentido en numerosas ocasiones: SSTS 1ª de 21 de julio de 1997 (RJ 1997\5523); de 9 de diciembre de 1999 (RJ 1999\8173); de 5 enero de 2007 (RJ 2007\552) ó de 19 octubre de 2007 (RJ 2007\7309).

⁹⁵⁴ Así, CABEDO ARCE, Bibian, “Infecciones hospitalarias. Derecho del paciente a la seguridad: obligación de resultado; hacia la objetivación de la responsabilidad en el derecho comparado”, *Derecho y Salud*, Volumen 25,

cualquier caso, resultaría deseable la unificación del criterio jurisdiccional, pues tanto sea un hospital público o privado donde se contraiga la infección, el nivel de protección jurídica ha de ser el mismo con independencia del orden jurisdiccional competente⁹⁵⁵.

número 1, 2015, pp. 150 y 151: “entendemos en tales casos en virtud del derecho a la seguridad del paciente y de la evitabilidad de dichas infecciones la regla general debería ser que el paciente no tiene la obligación de soportar los daños derivados de las mismas, constituyendo por lo tanto las lesiones derivadas de dichas infecciones un daño antijurídico, que en mi opinión debería ser indemnizable en un país desarrollado como España, haciendo así surgir la responsabilidad sin necesidad de acreditar una infracción de la *lex artis* (..) en contra de lo que manifiesta la jurisprudencia mayoritariamente no debería ser necesaria la búsqueda de la culpa en tales casos, debiendo optarse por una responsabilidad objetiva basada en el resultado. Deberían modificarse los conceptos no debería indemnizarse por que la actitud sea reprochable o culposa sino por que el paciente que tenía derecho a la seguridad clínica no debe soportar dicha lesión antijurídica. Por otra parte, PEREZ LOPEZ, Ian, “Infecciones hospitalarias: Ciencia, Pacientes y Tribunales”, ob.cit. pp. 224-226: “Por ello hemos de asumir, como sociedad y como Sistema, que el funcionamiento normal de la Administración puede producir un daño que, no en todos los casos, puede considerarse como indemnizable. Existen una serie de riesgos que hemos de asumir como ciudadanos, usuarios y demandantes de servicios públicos; riesgos que son inherentes a la propia actividad asistencial, sin que resulte cabal ni lógico indemnizar sistemáticamente la materialización de un daño que el estado de la Ciencia y la técnica no permite evitar.

La jurisprudencia ha de rechazar unánimemente la objetivación de la responsabilidad de la Administración sanitaria por el mero hecho de que se pueda producir una complicación infecciosa durante la estancia hospitalaria, puesto que no se puede pedir a la Administración que asuma (que “socialice”) todos los riesgos a los que ha de enfrentarse el usuario y que resultan imposibles de erradicar.

⁹⁵⁵ En el mismo sentido, MOURE GONZALEZ, Eugenio, “Estafilococos y otros intrusos. El paciente ante las infecciones intrahospitalarias. Virtualidad del régimen de responsabilidad del artículo 14 del Real Decreto Legislativo 1/2007”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 45, 2013, p. 27.

7.- BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR DEFECTUOSA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Resulta plenamente aceptado que el consentimiento informado forma parte de la *lex artis*, de modo que la insuficiente información o la ausencia de consentimiento implican una actuación irregular y una radical infracción de la *lex artis* (entre otras, STS 3ª de 9 de octubre de 2012, RJ 2012\9799 ó STS de 15 de noviembre de 2006, RJ 2006\8059). Por otra parte, cabe señalar que la ausencia de consentimiento informado provoca en el paciente un daño moral consistente en privarle de la facultad de decidir, daño moral individualizado e indemnizable de forma separada del daño físico que le haya podido causar la asistencia sanitaria⁹⁵⁶. Cuestión distinta será si la mera constatación de la falta de consentimiento hace nacer el derecho a la indemnización o si resulta necesario que, además, la asistencia sanitaria haya causado un daño al paciente. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha variado, tal y como a continuación analizamos.

⁹⁵⁶ Señala RUBIO TORRANO, Enrique, "Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 enero de 2012", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, nº 3, 2012, p. 53 señala que el derecho a la información clínica o asistencial presenta una configuración autónoma respecto al derecho del paciente a decidir -en su caso y sobre la base de la información recibida- acerca del sometimiento a la aplicación de una técnica, intervención o tratamiento determinados. Parece claro que resulta indudable que únicamente sobre la base de una información asistencial correcta puede a su vez satisfacerse el derecho del paciente a consentir de forma consciente, pero ello no impide disociar ambas facetas de la actividad sanitaria, analizando con cierta independencia los derechos en examen. Es hoy un criterio generalmente compartido por la doctrina y la jurisprudencia que el cumplimiento de los derechos de los pacientes a ser informados, y a consentir previamente una intervención o un tratamiento, constituye una manifestación más de la *lex artis* o diligencia profesional exigible.

7.1.- Primera etapa: la falta de consentimiento genera siempre obligación de indemnizar

En una primera línea jurisprudencial, se entendió que la mera falta de consentimiento generaba obligación de indemnizar aunque la asistencia sanitaria fuera necesaria, se hubiera realizado correctamente y no se hubiese causado daño alguno al paciente. En este sentido, cabe citar como representativa la STS 3ª de 4 de abril de 2000 (RJ 2000\3258) que reconoce el derecho a indemnización a los padres de un menor al que se realizó una intervención quirúrgica correctamente, pero sin informarles adecuadamente sobre los riesgos. Dicha sentencia considera que la ausencia de consentimiento informado en los casos de intervenciones que supongan un riesgo grave para la salud constituye un daño moral grave *per se* para la salud, independientemente de que dicho riesgo se concrete o no. Y ello porque la falta de consentimiento coloca al paciente en una situación de inconsciencia frente a una situación de grave riesgo, le impide tomar decisiones en relación con el tratamiento, o le impide adoptar medidas de prevención en el orden humano. Esta situación de inconsciencia “supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención”.

7.2.-Segunda etapa: la falta de consentimiento genera obligación de indemnizar si hay daño físico

En general, la jurisprudencia se ha ido atenuando y mayoritariamente viene exigiendo que, para que la falta de consentimiento informado dé lugar a indemnización, es necesario que concurra, además, un daño derivado del acto médico, esto es, que el paciente sufra algún tipo de secuela derivado de la actividad asistencial. En este caso pueden darse dos supuestos. Por un lado, si la asistencia

sanitaria no se prestó conforme a la *lex artis*, se indemnizarán los dos daños causados, el moral por falta de consentimiento y el material por la defectuosa asistencia sanitaria. Por otra parte, en el caso de que la asistencia sanitaria se prestara correctamente, conforme a la *lex artis*, no se indemnizarán los daños causados por la intervención por no resultar antijurídicos, pero sí el daño moral derivado de falta de consentimiento informado.

En efecto, tanto la Sala Tercera [STS 3ª de 22 de octubre de 2009 (RJ 2009\7632) y STS 3ª de 25 de marzo de 2010 (RJ 2010\4544)], como la Sala Primera del Tribunal Supremo [STS de 2 de julio de 2002 (RJ 2002\5514), STS de 8 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6065) y STS 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\2399)], entienden que en este último grupo de casos, la falta de información y del consiguiente consentimiento por parte del paciente, causa un daño específico e indemnizable consistente en la lesión del derecho a la libre determinación, pues se ha privado al interesado de la posibilidad de elegir no someterse a la intervención⁹⁵⁷

En el caso de que falte el consentimiento informado pero se haya logrado la curación del paciente, esto es, no haya daño físico, mayoritariamente la jurisprudencia viene entendiendo que no existe derecho alguno a indemnización. Indudablemente la actuación médica vulnerará el derecho del paciente a elegir y puede dar lugar, en su caso, a sanciones disciplinarias pero no se considera que ese daño moral sea tan

⁹⁵⁷ ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, cit., pp. 155 y ss, pone de manifiesto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en la mayoría de los supuestos de falta de información, no acoge la perspectiva de considerar lesionado el derecho a la libre determinación del paciente, sino la perspectiva de la pérdida de oportunidad, por considerar la oportunidad el interés lesionado.

relevante como para ser indemnizado⁹⁵⁸. Como señala la STS 3ª de 2 de octubre de 2012 (RJ 2012\9270) “la falta del derecho a la información del paciente constituye en todo caso una mala praxis *ad hoc*, pero que no da lugar a responsabilidad patrimonial y a la consiguiente indemnización si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente”⁹⁵⁹.

⁹⁵⁸ En este sentido, GUERRERO ZAPLANA, José “Consentimiento e información” en *Guía Práctica de las Reclamaciones Sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2013, Westlaw, p. 30 señala que “aunque (...) las situaciones que se pueden plantear en la práctica pueden ser muy diversas, la realidad es que para que se produzca la controversia sobre la suficiencia de la información suele ser necesario que se produzca daño, lesión o secuela. Cuando el paciente que recibe asistencia médica (sea pública o privada) obtiene un resultado favorable para su salud es muy difícil que interponga ninguna clase de reclamación aunque se le haya privado de sus derechos de información y consentimiento. Por esta razón, resulta muy frecuente que confluyan en un mismo supuesto las circunstancias derivadas de la falta o deficiente información y las circunstancias que derivan de la correcta aplicación de la *lex artis* que está en la base de todas las reclamaciones sanitarias y eso hace difícil encontrar sentencias que traten la cuestión de la información de modo separado y aislado. El argumento de la falta de información suele ser siempre empleado como un argumento residual en la reclamación que habitualmente se plantea sobre la base de la producción de algún resultado insatisfactorio sobre la salud; tras la cita de los argumentos que se suelen referir a la *lex artis* se suele emplear, como argumento «a mayor abundamiento» el que se refiere al defecto de consentimiento. Cuando no se produce daño alguno sobre la salud no se plantea reclamación derivada de esa asistencia sanitaria y, precisamente por esta razón, no es nada frecuente que los Tribunales se pronuncien sobre reclamaciones que tengan como objetivo exclusivo los vicios de información y consentimiento. Esto hace que se produzca un entrecruzamiento de argumentos que dificulta extraer claras consecuencias jurisprudenciales sobre información y consentimiento.”

⁹⁵⁹ Esta misma línea es mantenida por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Por todas, STS de 4 marzo de 2011 (RJ 2011\2633): “Cosa distinta son los efectos que producen esa falta de consentimiento informado, con independencia de que la intervención médica se realice correctamente, como pretensión autónoma que tiene como fundamento un daño y que este sea consecuencia del acto médico no informado. Sin daño no hay responsabilidad alguna. “La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001, y reiteran la de 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008, no es per se una causa de resarcimiento pecuniario”, lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica; doctrina que se reitera en la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la que la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario, salvo que

8.- RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR MEDICAMENTOS Y PRODUCTOS SANITARIOS DEFECTUOSOS.

8.1.- Planteamiento.

Las políticas sobre medicamentos y productos sanitarios se han orientado a intensificar el uso racional de los mismos, como así demuestra la reciente aprobación del TRLM de 2015, que viene a sustituir la derogada Ley 29/2006, de 26 de julio de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios⁹⁶⁰. De esta forma se pretende ofrecer una información de calidad a los profesionales sanitarios para garantizar la seguridad y salud del paciente, proporcionando prospectos inteligibles que permitan alcanzar el éxito terapéutico con la cooperación del propio farmacéutico.

Así las cosas, la prescripción de un medicamento requiere una ponderación previa por los profesionales sanitarios del beneficio y riesgo

haya originado un daño derivado de la operación quirúrgica, evitable de haberse producido (STS 9 de marzo de 2010).”

⁹⁶⁰ Tras la aprobación de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, se han producido diversas modificaciones en cuanto a la farmacovigilancia, lo que llevó a modificar dicha ley aprobando la Ley 10/2013, de 24 de julio, que incorpora las nuevas Directivas europeas sobre farmacovigilancia y prevención de la entrada de medicamentos falsos (respectivamente la Directiva 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia y Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal). La disposición final cuarta de la Ley 10/2013, de 24 de julio, autoriza al Gobierno para elaborar un texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Esta autorización, por un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del texto legal habilitante, tiene por objeto consolidar, en un texto único, las sucesivas modificaciones que se han ido incorporando, desde su entrada en vigor, en la citada ley e incluye la facultad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que deben ser refundidos.

que supone su dispensación y administración pues medicamentos que benefician a un sector de pacientes, pueden perjudicar a otro. En efecto, no cabe duda de que los medicamentos y productos sanitarios han contribuido a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos, pero no debemos olvidar que no constituyen un producto de consumo inocuo y que, en ocasiones, plantean problemas de efectividad y seguridad que pueden provocar efectos adversos y resultados negativos. Por ello, aunque la cadena temporal hasta llegar al consumidor sea correcta y se hayan tomado todas las precauciones exigibles- correcto diagnóstico médico, adecuada prescripción, exacta dispensación farmacéutica y respeto por el paciente de las advertencias contenidas en el prospecto-, el uso de medicamentos y productos sanitarios puede producir riesgos inevitables en la salud de quienes los consumen. De hecho, según datos aportados recientemente por el Sistema Español de Farmacología de Medicamentos de Uso Humano, las reacciones adversas a medicamentos constituyen la quinta causa de muerte hospitalaria en la Unión Europea, siendo responsables del 5 % de todas las admisiones en hospitales⁹⁶¹.

Debido a la magnitud del problema y la importancia de los daños que eventualmente pueden causar los medicamentos y productos sanitarios defectuosos -piénsese en casos de notable repercusión social como la talidomida o las prótesis mamarias defectuosas- resulta necesario

⁹⁶¹ SARRATO MARTÍNEZ, Luis, "El control de la Administración Sanitaria sobre el medicamento puesto en circulación: aspectos problemáticos de su régimen jurídico", *Derecho y Salud* Vol 25, nº 1, p. 26 señala que las reacciones adversas de medicamentos son un importante riesgo para la salud pública tanto en términos de morbilidad como de costes. En un estudio realizado en EE.UU se estimó que más de 100.000 personas mueren cada año a consecuencia de las reacciones adversas de medicamentos, y más de dos millones sufren importantes efectos secundarios, situándose entre la cuarta y sexta causa de muerte. En España el 5.9% de los ingresos se deben a las reacciones adversas de medicamentos que afectan principalmente a personas de edad avanzada.

abordar el régimen de responsabilidad y los posibles problemas de su aplicación práctica. Concretamente, el objeto de nuestro estudio se centrará, al margen de otras eventuales responsabilidades⁹⁶², en el régimen jurídico aplicable a los daños causados tanto por medicamentos como por productos sanitarios.

En el Derecho español, la solución tradicional para resarcir los daños causados por productos defectuosos venía dada por las reglas generales de responsabilidad civil contractual y extracontractual de los artículos 1.101 y 1.902 CC⁹⁶³. Pero la aplicación de la solución tradicional al régimen de responsabilidad por daños causados por productos no terminó de consolidarse. De hecho, parte de la doctrina consideraba que este sistema resultaba insuficiente ante el devenir de su producción en masa⁹⁶⁴. Esta insuficiencia, unida a la influencia del extraordinario

⁹⁶² Por ejemplo, la responsabilidad penal por medicamentos defectuosos se centra en los delitos contra la salud pública, derivados de la puesta en circulación de medicamentos nocivos para la vida o la salud de las personas. Estos delitos se centran fundamentalmente en la expedición o despacho de medicamentos deteriorados y modalidades de manipulación de medicamentos y falsificación de productos sanitarios, tipificados en los artículos 361, 362 y 362 bis del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre). Estos tipos penales básicos en materia de responsabilidad por medicamentos o productos sanitarios defectuosos, cuando causen muerte o lesiones a una o varias personas, pueden dar lugar a un concurso ideal de delitos.

⁹⁶³ Que disponen respectivamente que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla” (artículo 1101 CC) y “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado (artículo 1902 CC).

⁹⁶⁴ VÁZQUEZ BULLA, Cristiano, “La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial”, *Revista de derecho UNED*, nº 14, 2014, p. 719 señala como parte de la doctrina a LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Derecho de obligaciones. Principios de derecho civil II*, Madrid, 2013, 16ª ed, pp 255 y ss y *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2013, 5ª ed así como CALVO ANTÓN, Manuela, “La responsabilidad del fabricante por daños causados por productos defectuosos en la

desarrollo que en Estados Unidos estaba teniendo la denominada *product liability*⁹⁶⁵ provocó la aprobación de la normativa específica sobre productos defectuosos⁹⁶⁶, actualmente en el TRLGDCU, que solventa esta cuestión, determinado el régimen de responsabilidad civil aplicable a los bienes y servicios defectuosos y, en lo que a nuestros efectos importa, a los medicamentos y productos sanitarios defectuosos.

8.2.- Sujetos responsables.

8.2.1.- Introducción

El artículo 135 TRLGDCU establece, como principio general que “los productores serán responsables de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen”. La propia ley otorga un concepto legal de productor disponiendo en su artículo 138.1 que “a los efectos de este capítulo es productor, además del definido en el artículo 5, el fabricante o importador en la Unión Europea de: a) Un producto terminado; b) Cualquier elemento integrado en un producto terminado; c) Una materia prima”. En consecuencia, parece que el concepto específico de productor en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos definido en el precepto, se

actualidad”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, 31, Editorial Complutense, Madrid, 1994, p. 4. Coinciden en señalar que los preceptos del Código Civil ya no incluían ciertos supuestos como el del fabricante que se eximía de responsabilidad si probaba una actuación diligente, no resolvía la determinación de la jurisdicción competente o resultaba criticable la excesiva brevedad de los plazos de prescripción o caducidad. Por otra parte, la industrialización planteó nuevos escenarios inexplorados, que dieron como resultado la inversión de la carga de la prueba hacia el causante del daño.

⁹⁶⁵ Sobre la cuestión, MADDEN, Stuart, M., “The Enduring Paradox of Products Liability Law Relating to Prescription Pharmaceuticals”, *Pace Law Review*, Vol. 21 (2), 2001, pp.314-363.

⁹⁶⁶ Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, que transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos.

suma al concepto general de productor ofrecido por la ley en el artículo 5 TRLGDCU. Como apuntamos en su momento, nos encontramos con una deficiente técnica legislativa en la redacción del artículo 138 de la norma pues, con la remisión hecha al artículo 5, se considera como productor - a los efectos del régimen específico de responsabilidad por productos defectuosos - al intermediario del fabricante o al prestador del servicio, constituyendo un error, pues dicho régimen no es aplicable a los daños causados por servicios defectuosos⁹⁶⁷.

En definitiva, a efectos de responsabilidad se considerará productor al fabricante, importador en la Unión Europea o cualquier otra persona que participe en el marco de la distribución del producto en el mercado, ya sea del producto terminado, como de cualquier producto integrado en el producto terminado o materia prima. Recordemos que el artículo 138.2 TRLGDCU dispone que “si el productor no puede ser identificado, será considerado como tal el proveedor del producto, a menos que, dentro del plazo de tres meses, indique al dañado o perjudicado la identidad del productor o de quien le hubiera suministrado o facilitado a él dicho producto. La misma regla será de aplicación en el caso de un producto importado, si el producto no indica el nombre del importador, aun cuando se indique el nombre del fabricante”. En consecuencia, pese al concepto tan amplio de productor responsable que, en principio, se configura por la acumulación de los artículos 138 y 5 de la norma, lo

⁹⁶⁷ CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, ob.cit., p.26 señala que, además, ello vendría a plantear un conflictivo solapamiento de regímenes jurídicos en relación a los prestadores de servicios (y asimilados), en cuanto que su responsabilidad por los daños causados por los servicios defectuosos, sin perjuicio de ser aplicable a la misma una serie de disposiciones también comunes a los daños por productos (arts. 128 a 134 TRLGDCU), ya recibe en el Texto Refundido el tratamiento particular que le dispensan los artículos 147 y 148.

cierto es que la responsabilidad por productos defectuosos se va a limitar fundamentalmente al fabricante o importador en la Unión Europea, dejando al margen de la misma al resto de participantes en la distribución, a menos que estos sujetos no sean capaces de identificar al sujeto que hubiera suministrado dicho producto. Es decir, la norma considera a los distribuidores del producto como fabricantes presuntos en tanto en cuanto éstos no identifiquen al productor o suministrador, quedando exonerados en dicho supuesto. En todo caso, es preciso señalar que no basta realizar actos de distribución para incurrir en responsabilidad, como así señala la jurisprudencia en relación a los litigios surgidos a consecuencia de los sujetos responsables en un caso de prótesis mamarias defectuosas⁹⁶⁸.

8.2.2.- Responsabilidad solidaria.

⁹⁶⁸ La STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011, 1408) dispone que en efecto, la LRCPD de 1994, aplicable al caso por razones temporales, establece que “«los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen» (art. 1 LRCPD) y que a los efectos de la ley, «se entiende por importador quien, en el ejercicio de su actividad empresarial, introduce un producto de la Unión para su venta, arrendamiento, arrendamiento financiero o cualquier otra forma de distribución» (artículo 4.2 LRCPD). Este mismo régimen se recoge en la actualidad en el artículo 138 LCU. En el caso examinado la demandada operó como importadora del producto en España, pero no se ha demostrado que lo hiciera en la Unión Europea, como exige este precepto legal, pues la representación del producto en Europa correspondía a la otra empresa demandada”. En el mismo sentido, la SAP Barcelona, de 3 de diciembre de 2014 (AC 2014, 2354) que señala que “sin embargo el producto ha sido importado desde Francia, país miembro de la CEE (circulación libre de productos en la zona comunitaria, por aplicación del tratado de libre comercio interior). También la STS de 9 de diciembre de 2010 (RJ 2011\1408) al declarar que “...la demandada operó como importadora del producto en España, pero no se ha demostrado que lo hiciera en la Unión Europea, como exige este precepto legal...”. Consecuentemente, no basta con realizar actos de distribución para incurrir en responsabilidad. En base a ello, el recurso no puede prosperar, procediendo la confirmación de la resolución recurrida”.

Dado que nos encontramos en un contexto de descentralización productiva, puede suceder que el daño venga provocado por el defecto de una parte del propio producto y no por el producto final. Así, si el defecto procede del carácter defectuoso de una parte componente o de una materia prima, el productor final no puede liberarse frente a la víctima, sino que ambos responderán de forma solidaria, sin perjuicio de que, posteriormente, pueda repetir contra el fabricante de la materia prima o parte integrante. Así lo prevé el artículo 132 TRLGDCU al consagrar la responsabilidad solidaria estableciendo que “las personas responsables del mismo daño por aplicación de este libro lo serán solidariamente ante los perjudicados. El que hubiera respondido ante el perjudicado tendrá derecho a repetir frente a los otros responsables, según su participación en la causación del daño”. Con ello se beneficia a la víctima del daño, no sólo por la simplificación procesal sino porque asegura, en mayor medida, la obtención de una indemnización por los daños o perjuicios sufridos⁹⁶⁹.

Es digna de tener en cuenta la causa de exoneración del artículo 140.2 TRLGDCU de manera que el productor parcial podrá liberarse de responsabilidad si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al que ha sido incorporado el elemento integrado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto. En este caso, será el producto final el que responderá de los daños causados, quedando el productor parcial exonerado.

8.2.3.- Concurrencia de responsabilidades.

⁹⁶⁹ GILI SALDAÑA, Marián., *“El producto sanitario defectuoso en Derecho español”*, Atelier, 2008, p. 188 pone de manifiesto que parte de la doctrina sostiene que la acción de regreso debería ser distinta en función del tipo de relación existente entre los sujetos responsables y de su contribución al daño.

El hecho de que el defecto del producto sea imputable al laboratorio que lo fabricó no excluye la responsabilidad de la Administración sanitaria cuando resulte exigible por un funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, aunque estemos ante responsabilidades sustancialmente distintas: la primera, responsabilidad civil del fabricante, y la segunda, responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria cuando nos encontramos ante un hospital público o concertado.

En este sentido, la realidad viene demostrando que las demandas planteadas por los pacientes víctimas de daños provocados por un producto defectuoso tienden a dirigirse contra las entidades gestoras de la prestación y contra el profesional que asistió al paciente, y no contra el laboratorio farmacéutico fabricante y vendedor del producto⁹⁷⁰. Por ello

⁹⁷⁰ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Civitas, Madrid, 2004. p. 394 citando a PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones Públicas)" en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 464. En el mismo sentido, BUSTO LAGO, José Manuel, ÁLVAREZ LATA, Natalia, PEÑA LÓPEZ, Fernando., *Reclamaciones de consumo: derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, Aranzadi, Navarra, 2008, p 663, y JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, *Responsabilidad civil..*, op.cit, p.171. PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, "Responsabilidad civil por productos defectuosos" en REGLERO CAMPOS, Luis y BUSTO LAGO, José Manuel, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, 2014, p. 77 señala que la práctica española muestra una tendencia a dirigir la reclamación contra el profesional, lo que no siempre produce un resultado exitoso. Así señala a modo ejemplificativo la STS de 20 noviembre de 2009 (RJ 2010, 138) establece que producido un infarto en una paciente sometida a un tratamiento de fertilización, la demanda se dirige contra el médico y la aseguradora del grupo hospitalario en que fue sometida a tratamiento (que son absueltos), pero no contra el fabricante del medicamento. En la sentencia puede leerse que "la paciente fue debidamente informada y si no lo fue del posible ictus es porque su aparición, como efecto secundario de los medicamentos suministrados, desconocían los propios facultativos (la información suministrada en el prospecto español del preparado farmacéutico neo-fertinorm carecía de la exhaustividad de la suministrada en el americano, omitiendo entre los posibles efectos secundarios

las reglas de la responsabilidad por producto suelen dar paso a las reglas de responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria de la Administración sanitaria⁹⁷¹ a las que nos hemos referido con anterioridad.

El problema de la concurrencia entre reglas de responsabilidad por producto y por prestación de servicios se plantea no sólo en el caso de los medicamentos, sino también en el de los productos sanitarios defectuosos, pues no siempre es fácil identificar qué causó los daños, si el producto defectuoso, la prestación de la asistencia sanitaria, o ambos⁹⁷².

los graves problemas cardiovasculares, como el ictus), siendo, por tanto, suficiente la proporcionada sobre los efectos adversos del tratamiento y de la propia hiperestimulación provocada, que llevó a la misma a efectuar las consultas documentadas por el médico, sobre los síntomas de náuseas y malestar a partir del 21 de julio”.

⁹⁷¹ La SAP Las Palmas de 22 de mayo de 2001 (RJ 2001, 258565) apunta la diferencia entre las distintas responsabilidades concurrentes “aunque, ciertamente, concorra la conducta de un tercero, el Laboratorio Baxter, para la producción del resultado lesivo, sin embargo, ello no empece la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración, por cuanto el título o cláusula concreta de garantía por la que resulta imputada la Administración difiere del título de responsabilidad del Laboratorio. La Administración responde por el acaecimiento del hecho en una esfera, la sanidad pública, en la que se posiciona como principal y eminente garante competencial del derecho a la salud (artículo 43.1 de la Constitución), a través de las medidas preventivas necesarias en cada caso (artículo 43.2 de la Constitución). Esta posición preventiva y prestacional o de servicio, de indudable trascendencia, a través del desenvolvimiento de las prestaciones sanitarias y de los controles ordinarios para su eficacia, no se ha desarrollado adecuadamente, en el presente caso, resulta obvio, por lo que no se ha generado el funcionamiento adecuado del servicio y de las medidas de prevención necesarias, previstas expresamente, por lo demás, en el artículo 2.3 del Real Decreto 63/ 1.995, de 20 de enero, sobre ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud; artículo 40.5 de la Ley 14/1.986, de 25 de abril, General de Sanidad; y artículo 10 a 12 de la Ley 25/ 1990, de 20 de diciembre, del Medicamento; normas todas ellas, aplicables al supuesto que nos ocupa, y que vienen a delimitar un marco competencial administrativo inherente a preservar inherente a preservar la seguridad de la prestación hospitalaria, así como la bondad y no toxicidad de las especialidades farmacéuticas que se suministren a los pacientes inmersos en el giro o tráfico normal de los servicios sanitarios”.

⁹⁷² SALVADOR CODERCH, Pablo, “Guía Indret de jurisprudencia sobre responsabilidad del producto”, *Indret 4/2004*, Barcelona, (pp 1-83) p. 63 señala

La jurisprudencia considera que el defecto en el producto no excluye la responsabilidad solidaria de la Administración sanitaria que lo adquiere y utiliza en la prestación de asistencia sanitaria y depende, como no, de contra quien se dirija la acción del perjudicado al exigir responsabilidad⁹⁷³.

8.3.- Concepto de medicamento y producto sanitario defectuoso.

Como es bien sabido, medicamento y producto sanitario no son términos jurídicamente equivalentes⁹⁷⁴. En todo caso, ambos participan

que la mayor parte de las demandas se dirigieron contra el fabricante, pero además contra la Administración sanitaria titular del hospital donde se utilizó el producto. Por su parte, JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 171, señala que, “desde el punto de vista jurídico se suscita duda de si estamos ante una responsabilidad por productos defectuosos o una responsabilidad por prestación de servicios. Sin perjuicio de esta última, nada impide a nuestro juicio la primera, siendo productos que, en tanto que defectuosos, originan la responsabilidad del laboratorio fabricante. También el que proporciona el servicio, hospital o servicio de asistencia, puede considerarse como suministrador, respondiendo en el marco de la Ley, solo si no suministra la identidad del laboratorio o lo suministra a sabiendas del defecto”.

⁹⁷³ Así, la STS de 22 de noviembre de 1999 (RJ 1999, 8618), gira en torno a la prescripción, por lo que tanto en primera instancia, como en apelación, se entiende la prescripción de la acción. Sin embargo, el Tribunal Supremo revoca estas sentencias. El caso que se planteaba era el de la rotura de un catéter en la arteria pulmonar izquierda de la recurrente, una mujer de 30 años. El Tribunal Supremo entiende que no se puede acreditar la relación de causalidad para condenar al médico y al laboratorio. Por el contrario, se acredita la relación de causalidad entre el daño y el uso correcto del servicio sanitario, por lo que, se condena al INSALUD en virtud de la responsabilidad objetiva.

⁹⁷⁴ El concepto legal de medicamento de uso humano se encuentra en el artículo 2.a) TRLM que lo define como “toda sustancia o combinación de sustancias que se presente como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que pueda usarse en seres humanos o administrarse a seres humanos con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico”. Igualmente, dicha norma define en el artículo 2.I) el producto sanitario como “cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático,

de la definición legal general de producto defectuoso dada por el artículo 137.1 TRLGDCU que establece que “se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación”. Consecuente con dicho precepto legal, la jurisprudencia ha destacado que la esencia del concepto de "defecto" de todo producto radica en la falta de seguridad, también para el caso de los medicamentos y productos sanitarios⁹⁷⁵. La noción de defecto del

material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1.º Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; 2.º diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia; 3.º investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; 4.º regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios”.

⁹⁷⁵ Así, la STS de 21 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2133) afirma que “el concepto de defecto que recoge la Ley, siguiendo la Directiva Comunitaria 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, que incorpora la experiencia de Estados Unidos en la materia de productos “liability”, resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se trata de un derecho que asiste a todo consumidor en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial. La existencia del defecto resulta del concepto que del mismo establece la Ley 22/1994 y ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el producto debe ofrecer, y, si esto no sucede, impone considerar al producto como defectuoso”. La STS 19 de febrero de 2007 (RJ 2007, 1895) realiza un exhaustivo análisis para determinar cuando estamos ante un producto defectuoso. Así dispone que “como ha señalado la doctrina en relación con la Directiva 85/374/CEE que, en su art. 6, define el producto defectuoso «cuando no ofrece la seguridad que se puede esperar legítimamente del mismo», el defecto contemplado en ella se distingue de la garantía por vicios ocultos en un doble plano. Primeramente, no puede recibir una definición contractual según el destino previsto en el contrato por las partes porque la víctima puede ser un tercero; no se trata de apreciar de manera general si el producto es apto para el uso para el cual había sido puesto en circulación, sino, de manera bastante más precisa, de pronunciarse

medicamento o producto sanitario gira, por tanto, en torno a un concepto jurídico indeterminado, que no es otro que las expectativas razonables o legítimas del consumidor en cuanto a la seguridad del mismo⁹⁷⁶. Finalmente también será defectuoso el producto que el fabricante pone en circulación sin haber realizado las comprobaciones suficientes sobre su toxicidad, aunque no haya causado daños a la salud de los consumidores⁹⁷⁷.

sobre la seguridad que presenta. A esta distinción se refería la Memoria del Proyecto de Ley al decir que «el concepto de "defecto" viene centrado en la seguridad y no en la impropiedad para el uso o consumo, que es el núcleo del diferente concepto de "vicio oculto" y que, en cuanto tal, produce efectos en la relación contractual entre vendedor y comprador (art. 1485 del Código Civil)». No se trata de un defecto de calidad o de vicios internos, sino de un defecto que genera un defecto de seguridad del producto. La jurisprudencia destaca cómo la esencia del concepto de «defecto» radica en la falta de seguridad. (...) La noción de defecto que contiene el art. 3.1 de la Ley 22/1994 se basa en que el producto «no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar». Se trata de una cláusula general, de un concepto jurídico indeterminado, que obliga al juzgador a valorarlo teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, lo que permite que se tengan en cuenta en su valoración las expectativas de consumidor medio y de la colectividad.

⁹⁷⁶ Así, la *SAP Madrid de 12 de septiembre de 2005* (RJ 2005,253114) condena al fabricante del marcapasos dado que, el apartado no reviste la seguridad que cabría legítimamente esperar cuando la Subdirección General de Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo tiene informado que habían observado un descenso en la fiabilidad de un grupo bien definido de marcapasos, entre los que se encontraba el modelo y número de serie del que implantaron a la recurrente. Por tanto, la sentencia considera que existe prueba inequívoca de que no ofrecían esa seguridad de que se hace eco la normativa antes transcrita, por más que ahora se sostenga que los resultados del análisis eléctrico, mecánico y visual han constatado la normalidad del producto, sin mayores acreditaciones que los informes de parte. Igualmente, la *SAP de Coruña de 6 de noviembre de 2007* (JUR 2008, 67464) declara la procedencia de la responsabilidad por productos defectuosos en un caso sobre implantación de prótesis de mama fabricada e importada por los codemandados, e implantada a la demandante, que no respondía a la seguridad que pudiera esperarse de las mismas como producto puesto en circulación dentro del ámbito de la cirugía estética. Además, existía una recomendación por las autoridades Sanitarias españolas de su explantación ante la imposibilidad de determinar si tales prótesis podrían ser potencialmente perjudiciales para la salud de sus usuarias.

⁹⁷⁷ SALVADOR CODERH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (Coords),

Debe indicarse que la definición legal también tiene en cuenta el *uso razonablemente previsible* que el consumidor haga del mismo, para que el fabricante espere que el producto no sea utilizado de una manera que no pueda prever⁹⁷⁸. La doctrina ha señalado que la imprecisión del criterio

“150 casos de derecho de daños (2004-2014)”, *Indret* 4/2015, 2015, (pp 1-188), pp. 72-73 señala que, hasta la fecha, una veintena de sentencias de las Audiencias Provinciales habían resuelto reclamaciones por los mismos hechos adoptando posicionamientos contradictorios. En este sentido, en la *STS de 9 de diciembre de 2010* (RJ 2011,1408) aludida con anterioridad, el Tribunal Supremo se pronunciará por vez primera sobre la responsabilidad civil por los daños asociados a las prótesis mamarias de aceite de soja de la marca Trilucent. Tras sendas desestimaciones en primera instancia y en apelación, el Alto Tribunal estima en parte el recurso y establece lo siguiente: “a) La inexistencia de estudios en la empresa fabricante sobre la comprobación de los posibles efectos tóxicos de relleno de las prótesis revela un defecto del producto determinante de responsabilidad por los daños producidos...; b) Este daño consiste en los perjuicios originarios por la extracción prematura de unas prótesis implantadas con la expectativa de ser funcionales durante un periodo de tiempo prolongado. Este daño es imputable al carácter defectuoso del producto, pues la necesidad de una extracción prematura... se integra directamente con la ausencia de la seguridad que cabe legítimamente exigir de cualesquiera prótesis mamarias...; c) La parte demandada no probó que la falta de las comprobaciones...obedeciera al estado de los conocimientos científicos y técnicos en el momento en que fueron puestas en circulación; ... e) El hecho de que las autoridades administrativas actuaran por razones de precaución no es obstáculo a la existencia de responsabilidad...; f) El daño moral ocasionado por las prevenciones adoptadas por las Administraciones Públicas es objetivamente imputable a los fabricantes e importadores del producto, puesto que fueron medidas proporcionadas a la necesidad de comprobar la posible toxicidad del producto que se había puesto en circulación sin una comprobación exhaustiva acerca de la ausencia de esta característica; g) El hecho de que no se demostrase de manera definitiva la toxicidad del producto no obsta a su carácter defectuoso, pues... producto defectuoso no es solamente el tóxico o peligroso, sino también aquel que se pone en circulación sin las comprobaciones suficientes para excluir la existencia de dicha toxicidad o peligrosidad”... (FD 6º). “C) Acreditado el carácter defectuoso del producto, de acuerdo con lo resuelto al examinar el recurso de casación, debe considerarse suficientemente acreditado el nexo de causalidad entre la necesidad de extracción de las prótesis por su carácter defectuoso y los daños morales sufridos por las afectadas” (FD 7º).

⁹⁷⁸ En relación con este punto, la *SAP Granada de 24 de mayo de 2000* (AC 2000,2347) se ocupa de un caso en el que el consumidor realiza un uso no razonable del medicamento prescrito. El paciente, que sufre trastornos maníaco-depresivos recibe prescripción por el médico psiquiatra de un

de expectativas legítimas del consumidor constituye uno de sus puntos débiles. En efecto, aparte de que la ley no precisa quién es en concreto el referente desde el que debe medirse el nivel de seguridad esperable del producto – aunque pueda entenderse que es el consumidor – se han apuntado dos cuestiones: la primera consiste en que el consumidor ignora frecuentemente cual es la seguridad que pueda esperar del medicamento o producto sanitario; la segunda radica en que la noción de expectativas del consumidor es, en sí misma, muy subjetiva y requiere que sean los tribunales los que en cada caso precisen cual es la seguridad esperada del producto en cuestión, lo cual pone en riesgo la pretendida armonización de los derechos internos de los Estados miembros⁹⁷⁹.

A esta definición del artículo 137.1 TRLGDCU se añaden los apartados 2 y 3 del mismo precepto que establecen que “en todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada”. A este respecto, la reciente STJUE de 5 de marzo de 2015 (Asunto Boston Scientific Medizintechnik GmbH contra AOK Sachsen Anhalt-Die Gesundheitskasse y otro, C503/13) se ha pronunciado, en una cuestión prejudicial planteada por un juzgado alemán, sobre un marcapasos y un

medicamento que contiene sales de litio. El paciente, que curiosamente obtuvo posteriormente la Licenciatura en Medicina, se automedicaba, lo que le provoca un estado de coma por ingerir dosis excesivas de sales de litio que origina con posterioridad una diabetes insípida nefrogénica secundaria con insuficiencia en fase de remisión e hipertensión arterial. La sentencia constata la inexistencia de relación entre el médico y el paciente desde hace tiempo y la interferencia de la propia víctima en la cadena causal.

⁹⁷⁹ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Responsabilidad civil por medicamento*. op.cit. p. 136 citando a SALVADOR CODERCH, Pablo y SOLÉ i FELIÚ, Josep., *Brujos y aprendices. Los riesgos de desarrollo en la responsabilidad de producto*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 86.

desfibrilador defectuosos, centrándose en dicha calificación. Así determina que el producto sanitario implantable que presenta un riesgo anormal de avería es defectuoso aunque no haya causado daño físico alguno y declara que:

"La comprobación de un posible defecto de productos pertenecientes al mismo modelo o a la misma serie de producción, como los marcapasos y los desfibriladores automáticos implantables, permite calificar de defectuoso tal producto sin que sea necesario comprobar el referido defecto en ese producto."

Así mismo, obliga al productor a asumir los costes de la sustitución de los marcapasos o desfibriladores automáticos implantables en los siguientes términos:

"El daño causado por una operación quirúrgica en la que se sustituye un producto defectuoso, como un marcapasos o un desfibrilador automático implantable, constituye daños causados por muerte o lesiones corporales, de los que es responsable el productor, cuando dicha operación sea necesaria para eliminar el defecto del producto considerado. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si se cumple este requisito".

Por ello, lo peculiar del caso que ha de resolver el Tribunal no es tanto si el riesgo de avería del marcapasos o del desfibrilador implantado vulnera las expectativas de seguridad del consumidor, sino más bien si la falta de materialización de aquel riesgo en un daño físico para el paciente impide indemnizar otros daños, como los gastos médicos asociados a la operación quirúrgica de extracción del dispositivo, conforme a la

Directiva 85/374/CEE⁹⁸⁰. Y estamos en condiciones de asegurar que nada impide indemnizar el daño causado por la operación quirúrgica en la que se sustituye el producto defectuoso cuyo daño no se ha materializado.

8.4.- Régimen de responsabilidad objetiva: especial atención a la relación de causalidad.

El régimen que actualmente establece el TRLGDCU– y que en su día establecía la derogada Ley 22/1994⁹⁸¹ - se sustenta sobre un principio de responsabilidad objetiva pura ajeno a la concurrencia de culpa, de tal forma que el perjudicado que sufre un daño causado por un producto defectuoso, tiene que acreditar el defecto del producto, el daño causado y la relación de causalidad entre el defecto y el daño sin necesidad de acreditación de culpa. Así, el artículo 139 TRLGDCU dispone a estos efectos que *“el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños*

⁹⁸⁰ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y GILI SALDAÑA, Marian, “El producto sanitario implantable que presenta un riesgo anormal de avería es defectuoso aunque no haya causado daño físico alguno y su fabricante es responsable de los perjuicios relaciones con la operación quirúrgica de sustitución del producto. Comentario a la STJUE, de 5 de marzo de 2015, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH contra AOK Sachsen Anhalt — Die Gesundheitskasse y Otro* (asunto C503/13) y c. Betriebskrankenkasse RWE (Asunto C-504/13)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 15, 2015, p.5 señalan que el TJUE afirma que el riesgo de defecto también vulnera las expectativas legítimas del consumidores ya que los requisitos de seguridad esperables en el caso de un marcapasos o desfibrilador son particularmente elevados habida cuenta de la situación de vulnerabilidad de los pacientes. Además recalcan las conclusiones del Abogado General del Tribunal en el caso que, apoyándose en el artículo 6.1 Directiva 85/374/CE determina que el riesgo de daño que presenta un grado de gravedad tal menoscaba el derecho de seguridad al que el público tiene legítimo derecho.

⁹⁸¹ La comparativa del régimen legal abordado por ambas leyes nos permite constatar que, si bien es verdad que en ciertos puntos la nueva normativa se limita a transcribir los preceptos de la anterior, en otros muchos casos introduce cambios de sistemática o redacción. Así lo apunta PAÑOS PÉREZ, Alba, *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones, Almería, 2010, p. 97.

causados tendrá que probar el defecto, el daño y la relación de causalidad entre ambos". La relación de causalidad es, por tanto, de inexcusable prueba, so pena de entender desestimada la reclamación tal y como tradicionalmente ha entendido la jurisprudencia menor⁹⁸². Más recientemente en la *STS de 19 de enero de 2011* (RJ 2011, 298) se muestra cómo la falta de prueba de la relación de causalidad entre el contagio de VHC y el producto administrado permite absolver al laboratorio demandado:

“Analizando la posible responsabilidad del laboratorio Aventis Behrin S.A. respecto al contagio del virus de Hepatitis C, partiendo de la circunstancia fáctica de la "incontestable idoneidad" para la

⁹⁸² En la *SAP Orense nº 741/1999, de 6 de abril* (AC\1999\741) la cuestión litigiosa se ciñe a determinar si el padecimiento del Síndrome de *Guillain-Barré* que sufre el actor trae causa en el fármaco Neurotal-Forte que le prescribió el traumatólogo demandado. La sentencia concluye en que el diagnóstico y tratamiento se realizó conforme a las reglas de la «*lex artis ad hoc*»: elaboración y comercialización por el laboratorio demandado conforme a la reglamentación de su correcta fabricación y distribución, de acuerdo con su naturaleza y finalidad, dando cumplida información de su singularidad. También la *SAP Huesca nº 111/2000, de 18 de abril* (AC\2000\1214) desestima la demanda planteada por las molestias y desarreglo hormonal en la paciente operada de tiroides por ingestión del medicamento Levothroid 100, por la falta de demostración por el perjudicado de la relación causal entre la conducta del fabricante del producto -el cambio en el medicamento- y el estado y los síntomas que presentaba. La *SSAP Valencia nº 438/2002, de 29 de junio* (JUR\2002\232931) también desestima una demanda planteada por los problemas de visión de la paciente, consistentes en una miopía que sufre la actora y que imputa a una conducta negligente tanto de la demandada, por no advertirle de que el medicamento prescrito provocaba la miopía, como del laboratorio, por no incluir este efecto secundario entre los descritos en su ficha técnica. La desestimación se basa en la falta de acreditación de la relación de causalidad entre la miopía que padece la actora y el uso del medicamento en base a lo dispuesto en el informe pericial. En la *SAP Islas Baleares de 9 de junio de 1997* (AC 1997\1392), el ginecólogo demandado prescribió el anticonceptivo oral Profinix, por trastornos hormonales, a la paciente embarazada sin previa comprobación de la situación de embarazo. El resultado fue el nacimiento de un niño con el síndrome de Vacter. La sentencia desestima el recurso planteado por la paciente apoyándose en la falta de relación de causalidad entre dicho acto médico y el resultado dañoso.

infección de dicho virus en un momento anterior a la administración de la especialidad farmacéutica de Behring, mediante concentrados de origen distinto, de acuerdo a la prueba pericial practicada, la historia médica del enfermo y el hecho de que las medidas de inactivación viral y detección de anticuerpos eliminan los meritados riesgos a partir de 1992, circunstancias que "impiden razonablemente erigir el tratamiento dispensado con Factor IX Beherin en origen causal del contagio analizado".

Tal y como señala PARRA LUCÁN⁹⁸³, la prueba de la relación de causalidad que exige el artículo 139 TRLGDCU significa que la víctima no debe individualizar acciones ni omisiones en el proceso de elaboración o de distribución del producto que le ha causado el daño. Implica, en definitiva, que no es preciso que identifique, para que su reclamación sea estimada, la causa o el origen del defecto del producto. En la práctica, además, la aplicación de esta norma puede verse reforzada por lo dispuesto en el art. 217.6 LEC, conforme al cual, "el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio". Cuestión distinta será si el productor puede exonerarse demostrando que el origen del defecto no es reconducible a su esfera de actuación, como analizaremos con posterioridad. En este sentido, basta señalar aquí que el artículo 140.1.b) del TRLGDCU permite al productor exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de que "dadas las

⁹⁸³ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, "Responsabilidad civil por productos defectuosos" op.cit p 26 señala que lo relevante, en cualquier caso, es que el producto fuera ya defectuoso cuando salió de las manos del demandado, sin que pueda liberarse de responsabilidad mediante la prueba de que ese defecto tuvo su origen en un acontecimiento que pudiera calificarse como caso fortuito. Siempre que el origen del defecto se encuentre dentro del ámbito de la actividad del demandado habrá lugar a su responsabilidad, con independencia de que se produjera un fallo fortuito en la actividad de uno de sus empleados, en el proceso de control, etc.

circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto”. Por ello, aunque la Ley no lo exija como un requisito para estimar su pretensión, siempre que a la víctima le sea posible, la referencia a la causa concreta de defectuosidad del producto permitirá demostrar que el producto salió defectuoso de las manos del productor y evitar esta causa de exoneración a efectos de asegurar la estimación de su pretensión.

8.5.- Clases de defectos.

8.5.1.- Planteamiento

A pesar de que la ley, siguiendo a la Directiva comunitaria, no adopta la clásica y tripartición de tipos de defecto surgida de la doctrina científica y de la jurisprudencia americana, a lo largo de su articulado surgen, de forma inevitable, particularidades propias de cada uno de los concretos tipos de defecto. Siguiendo a RAMOS GONZÁLEZ⁹⁸⁴, en relación a las particularidades de los defectos que puede presentar un medicamento podemos distinguir: defectos de información, fabricación, diseño y riesgos de desarrollo.

8.5.2.- Defecto de información

A diferencia del resto de defectos, nos encontramos ante un defecto extrínseco al producto. El fabricante responderá por la falta de información de los riesgos razonablemente previsibles del producto, que es lo importante para apreciar este defecto. Por eso, en estos supuestos, el defecto existe si, de haberse incluido la información omitida, el accidente

⁹⁸⁴ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia., *Responsabilidad civil por medicamento*. op.cit, 262 citando a PASQUAU LIAÑO, Miguel, “La noción de defecto a efectos de la responsabilidad civil del fabricante por daños causados por productos”, *Iniuria: Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, 1995, p.108

hubiera podido evitarse de modo que el consumidor pudiera actuar de forma distinta o, incluso, no consumir el producto⁹⁸⁵. El ámbito de expectativas legítimas del consumidor en relación con la información necesaria que debe acompañar a todo medicamento o producto sanitario, se define por el conjunto de informaciones que conoce o debía conocer el fabricante en el momento de comercialización del producto, de conformidad con el estado de los conocimientos científicos y técnicos del momento, en el marco de una diligencia razonable, y que en todo caso debe conocer el consumidor⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ En opinión de PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “Responsabilidad civil por productos defectuosos”..., op.cit p 73-74 este dato debe jugar un doble papel: de una parte, para configurar el producto como defectuoso o no; pero también, y en segundo lugar, para acreditar la relación causal entre el producto ya calificado como defectuoso y la producción del daño, sin que, a su juicio, sea suficiente para imputarle responsabilidad al productor la prueba de que éste ha omitido determinada información, incluso aunque legalmente estuviera obligado a ello, si ésta no ha sido la causa del accidente sufrido por la víctima.

⁹⁸⁶ En este sentido, la *SAP Valencia nº 1034/1997 de 22 de noviembre*, viene a analizar un caso de una tetraplejia flácida derivada del consumo del medicamento Eskazine para tratar una paranoia de tipo delirante. El prospecto del medicamento no informaba sobre dicho efecto por lo que en primera instancia se condena al fabricante y a su aseguradora al pago de una pensión vitalicia. La sentencia en primera instancia condena al fabricante por infracción de la obligación que tiene de informar al público sobre los riesgos asociados al producto. La Audiencia confirma la sentencia de instancia, manteniendo la cuantía, aunque modificó la argumentación jurídica: abarca en el caso concreto al fabricante del producto farmacéutico, que no contiene condiciones suficientes de seguridad, independientemente de su causa, a favor del consumidor que sufre un daño en el correcto uso del producto. [Cfr. AMARILLA, Manuel, “Eskazine y al información terapéutica”, *Actualidad del Derecho Sanitario* nº 99, 2003, p. 809 señala que la indemnización posiblemente más alta de Europa, que se eleva a 1,52 millones de euros, por daños de un fármaco neuroléptico se ha pactado en España de forma extrajudicial antes de que el Tribunal Supremo resolviera el recurso de casación, sentando un precedente que afianza la doctrina sobre responsabilidad de los laboratorios farmacéuticos]. También, la *SAP Baleares nº 506/2000, de 19 de julio* (JUR 2000\296591), condena al laboratorio farmacéutico por una reacción adversa consistente en la pérdida durante siete meses del sentido del gusto, derivada del consumo de Lamisil, medicamento prescrito para tratar una onicomycosis. Dicha reacción adversa no se recogía en el prospecto, aunque si se encontraba en la ficha técnica del medicamento

Sin embargo, hay casos en los que la información del prospecto del fármaco se considera suficiente, como señala la SAP de Madrid de 24 de noviembre de 2011 (AC 2012/154)⁹⁸⁷.

No resulta baladí referirse a los casos sobre efectos secundarios de los que no se informa en el prospecto a pesar de estar suficientemente acreditados, como sucede en el *caso Agreal*, en los que finalmente el Alto Tribunal condena al laboratorio fabricante del medicamento por los daños sufridos por las pacientes. Antes de llegar al desenlace, conviene señalar que la discrepancia entre los juzgados de primera instancia y los órganos judiciales superiores también se ha puesto de manifiesto. El medicamento Agreal está indicado para el tratamiento de los sofocos (crisis vasomotoras) y de las manifestaciones psicofuncionales de la menopausia confirmada en las mujeres. Se autorizó por primera vez en España en 1983, y veintidós años después, en mayo de 2005, la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios (AEMPS) acordó la suspensión de su comercialización, ya que el Sistema Español de Farmacovigilancia (SEFV) había recibido diversas notificaciones de sospechas de reacciones adversas de tipo psiquiátrico a dicho fármaco⁹⁸⁸. En la primera resolución judicial al respecto del Juzgado de de Primera

en Vademecum. En primera instancia se desestima la demanda pero la Audiencia revoca y condena al laboratorio farmacéutico. El médico actuó conforme a la *lex artis*, pues sólo está obligado a informar de las lesiones adversas más frecuentes de dicho tratamiento.

⁹⁸⁷ Señala que “la información del prospecto del medicamento «Zyprexa» es suficiente como para conocer que el principio activo base de aquél puede hacer aparecer niveles altos de azúcar en sangre. El hecho de que se hayan ido modificando los prospectos no conlleva sin más una responsabilidad de la demandada en cuanto al deber de información respecto del producto «Zyprexa» que comercializa. Por tanto, se constata la ausencia de relación causal entre la diabetes Tipo I padecida por el actor y la ingesta de «Zyprexa» ya que el acto padecía de una situación de prediabetes con anterioridad a su toma de «Zyprexa» por prescripción médica”.

⁹⁸⁸ SARRATO MARTÍNEZ, Luis., “La responsabilidad por productos farmacéuticos: el caso “Agreal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 755, 2008, p.1.

Instancia de Barcelona nº 26 de 27 de septiembre de 2006 (AC 2006, 1724) se estima parcialmente la demanda interpuesta y se declara que el consumo del medicamento Agreal ha producido en las recurrentes efectos secundarios (reacciones adversas) no previstos en el prospecto con el cual venía siendo comercializado en España, a consecuencia de lo cual han sufrido daños en su salud física o psíquica⁹⁸⁹. En dicha sentencia se esgrimía una argumentación favorable a la existencia de responsabilidad del laboratorio fabricante, por apreciar la existencia de un defecto de información en el prospecto del medicamento. Sin embargo, sentencias posteriores sobre el mismo caso desestiman la demanda y eximen de responsabilidad a la farmacéutica⁹⁹⁰. El recurso ante la correspondiente Audiencia Provincial no se hizo esperar. La sentencia anterior del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 11 de junio de 2007, fue recurrida en apelación dando lugar a la SAP Barcelona de 16 de marzo de 2009 (AC 2009\1534), que termina por estimar los recursos de las

⁹⁸⁹ “En definitiva, cabe concluir que el medicamento es defectuoso en sentido legal, por insuficiencia del contenido del prospecto con el cual venía siendo comercializado en España, defecto del que puede derivar una responsabilidad civil objetiva de la demandada –no puede exonerarse de responsabilidad acerca de que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto–, en el supuesto de que quede acreditada por las demandantes el daño sufrido y la relación de causalidad entre ese daño y el defecto atribuido al fármaco”.

⁹⁹⁰ La *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 11 de junio de 2007* (AC 2008\1604) señala que los peritos consideran que el Agreal ha venido acompañado de un “prospecto sucinto, escasamente informativo y poco comprensible para las pacientes, aunque no menos cierto es que este modelo de prospecto era el normalizado entonces y habitual a todos los medicamentos del mercado”. Entiende el Juzgador que no se puede admitir la afirmación de que las demandantes no fueron tampoco informadas por sus médicos, puesto que la información al paciente le corresponde al médico, no constando que no tuviese lugar. En definitiva, cabe concluir que el medicamento no es defectuoso en sentido legal (artículo 3.1 LPD), por considerar que el contenido del prospecto con el cual venía siendo comercializado en España es suficiente, no existiendo defecto alguno del que se pueda derivar una responsabilidad civil objetiva de la entidad demandada.

pacientes demandantes por entender que el prospecto carece de la información suficiente sobre los efectos adversos⁹⁹¹.

Tal y como apunta la doctrina en relación con el medicamento Agreal, los distintos pronunciamientos judiciales han ido oscilando entre considerar la responsabilidad del fabricante por defectos en la información del prospecto del producto en cuanto a los posibles efectos adversos, y el absolver al laboratorio farmacéutico por no haber probado las demandantes el nexo de causalidad entre el consumo del producto y los daños ocasionados que no aparecían en el prospecto⁹⁹². Así, el caso ha llegado al Tribunal Supremo, existiendo diversas Sentencias del Alto Tribunal sobre la misma cuestión. La primera de ellas fue la STS de 28 de mayo de 2012 (RJ 2012\6545), que trae causa de la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación fundados en motivos diferentes contra la SAP Barcelona de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009, 395919) que desestimaba el recurso de apelación interpuesto por la farmacéutica y estimaba parcialmente la petición de las interesadas por daños causados por efectos adversos provocados por el consumo del medicamento controvertido. El Tribunal Supremo desestima los recursos formulados por la representación de la farmacéutica Sanofi contra SAP Barcelona de 20 de marzo de 2009 y se pronuncia en los siguientes términos:

“En el prospecto de Agreal no se hallaban descritos suficientemente

⁹⁹¹ Señala que “procede la estimación parcial de los recursos de apelación interpuestos por las demandantes y la estimación parcial de la demanda, declarando que el prospecto con el que fue comercializado el fármaco Agreal no contenía información de la totalidad de los efectos secundarios que el indicado fármaco podía producir, y condenado al laboratorio farmacéutico demandado a indemnizar a las perjudicadas”.

⁹⁹² DONADO VARA, Araceli., “Responsabilidad civil farmacéutica derivada de medicamentos o productos sanitarios. El derecho a la información en el ámbito sanitario y la omisión en el prospecto de los efectos secundarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 734, 2012, p. 3590.

los efectos adversos del medicamento, siendo la información en el contenido, según la sentencia recurrida, " insuficiente e inadecuada en orden a posibilitar el consentimiento informado completo y suficiente para la ingesta del fármaco " (...). El laboratorio es quien comercializa el medicamento y quien infringía sistemáticamente todas las normas respecto a la información suministrada a médicos y pacientes y si no había ficha técnica destinada a informar a los médicos de las características del fármaco en los términos del artículo 19.5 de la Ley del medicamento ("información científica esencial sobre la especialidad farmacéutica a que se refiere, y será difundida a los médicos y farmacéuticos en ejercicio...") difícilmente podían estos informar a los pacientes respecto de los efectos adversos o pautas terapéuticas salvo desde un criterio puramente voluntarista o de simple oficio con evidente riesgo para todos ellos, alguno materializado”.

Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido en la STS de 6 de junio de 2012 (RJ 2012\6702), STS de 25 de marzo de 2013 (RJ 2013\4354) o la más reciente STS de 10 de julio de 2014 (RJ 2014, 4318)⁹⁹³.

⁹⁹³ SALVADOR CODERH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia (coords)., “150 casos de derecho de daños”, op.cit, p. 29 señalan que el Tribunal Supremo señala en 2014 que “el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados y en el caso la indemnización del daño moral a las demandas es consecuencia de la valoración de la prueba, de la que la sentencia deduce este impacto o sufrimiento psíquico que resulta de la incertidumbre derivada del consumo del medicamento en numerosas personas, a la espera de los resultados concretos, y no está necesariamente vinculado al daño físico, como así resulta de la cita de las Sentencias de esta Sala de 9 de diciembre de 2010 y 13 de mayo de 2011, dictadas en supuestos de infracción de la *lex artis* médica *ad hoc* que consideran producido el daño

8.5.3.- Defecto de fabricación

Un medicamento o producto sanitario se considera defectuosamente fabricado cuando difiere de su diseño pretendido, incluso aunque se haya aplicado a su producción y fabricación un grado máximo de precauciones⁹⁹⁴. Son los defectos producidos en el proceso de fabricación, afectando a uno o más de los ejemplares de una serie, que sería en cuanto al resto, normal.

En algunos casos se condena al fabricante por el defecto de fabricación del producto, como sucede en la STS de 15 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8987), en el que se acredita la relación de causalidad entre el defecto del producto y el daño causado. La sentencia condena al laboratorio fabricante a indemnizar con 36.060,73€ a un paciente que tuvo que someterse a una grave intervención quirúrgica para extraer parte del catéter que, tras romperse, se encontraba en la arteria pulmonar principal⁹⁹⁵.

moral por la omisión de la información suficiente al paciente sobre los posibles riesgos, que entrañaba la intervención o tratamiento médico. El daño moral que se indemniza se fundamenta en la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 del Código Civil y no en la responsabilidad objetiva reservada a otra suerte de daños”.

⁹⁹⁴ SALVADOR CODERCH, Pablo, PIÑEIRO SALGUERO, José y RUBÍ PUIG, Antoni, “La responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (Law enforcement)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 55, Fasc/Mes 1, 2002, pp. 39-66 señalan con carácter general respecto a todos los productos defectuosos que el defecto de fabricación es el que, de forma más clara, está en el origen y desarrollo de la cultura legal de la responsabilidad del fabricante. De hecho, la doctrina de la responsabilidad objetiva del fabricante encuentra en aquél su más plena razón de ser: uno o más productos de una serie tienen un fallo, circunstancia que causa el daño. Así, la responsabilidad se hace derivar del efecto dañino, sin consideración de la carga de precaución más o menos elevada que adoptó o dejó de adoptar el fabricante.

⁹⁹⁵ Asimismo, existen otros casos en la jurisprudencia menor en los que se desestima la demanda planteada. Así, la SAP Cantabria de 9 de enero de 2002 (RJ 2002, 95634) desestima el recurso por falta de prueba del daño

8.5.4.- Defecto de diseño.

En cuanto a los *defectos de diseño*, éstos se producen cuando se encuentra afectada la composición del medicamento producido en serie. Señalar que, a la luz de la normativa española, se califica como defectuoso el diseño del medicamento que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. En España, la posible causa de exoneración del laboratorio farmacéutico consistente en probar que en el momento de la comercialización del producto los estudios existentes no permitían apreciar los efectos adversos por los que se reclama una compensación ante los Tribunales, estaba expresamente excluida para los fabricantes de medicamentos⁹⁹⁶.

La prueba del defecto de diseño se plantea compleja, máxime sin un elemento de comparación. Sin elemento de comparación no hay prueba del defecto de diseño, de modo que el elemento de comparación viene dado por la existencia de un diseño de medicamento alternativo y

producido por un catéter durante su extracción, permaneciendo fragmentos en el interior del paciente que le fueron posteriormente extraídos. La SAP Zaragoza de 14 de abril de 2001 (RJ 2001, 172024) desestima el recurso planteado por el actor que padeció diversos daños como consecuencia de la rotura del catéter durante una intervención. La sentencia no considera acreditada la relación de causalidad.

⁹⁹⁶ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia., “Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU”, *Indret* 2/2005, p.1-12 señala que el estándar comunitario y español es el más protector con la víctima pero fracasa como criterio objetivo para valorar cuándo el diseño del medicamento es o no defectuoso. Considera que el criterio de las expectativas razonables del consumidor concede demasiado poder al juez particular que resuelve cada caso concreto y descuida la protección de los intereses relevantes, pues no es muy razonable centrar el defecto del producto en las expectativas del consumidor cuando la autorización de los medicamentos valora los beneficios y riesgos del producto para el colectivo de pacientes.

más seguro⁹⁹⁷.

En España, la litigación por daños causados por medicamentos defectuosos es escasa, y lo es especialmente por defectos de diseño. Tan sólo ocho sentencias se han pronunciado sobre la responsabilidad civil de los laboratorios farmacéuticos en sentido estricto, y sólo una de ellas, la SAP Málaga de 24 de julio de 2003 (AC 2003\1464) resolvió un caso de defecto de diseño, aunque el Tribunal se limitó a calificarlo como objetivamente peligroso⁹⁹⁸.

8.6.- Régimen especial de los riesgos de desarrollo como causa de exoneración en materia de medicamentos y productos sanitarios defectuosos

Como hemos señalado, la normativa establece un sistema de responsabilidad objetiva que permite imputar responsabilidad al fabricante o importador de un producto si la víctima prueba la existencia de un defecto en el mismo, el daño y la relación de causalidad. No obstante, el productor podrá exonerarse de la responsabilidad si prueba alguna de las circunstancias previstas en el artículo 140.1 TRLGDCU: a)

⁹⁹⁷ Cfr. RAMOS GONZÁLEZ, Sonia., *Responsabilidad civil por medicamento*. op.cit. p. 330 citando a SOLÉ i FELIÚ, Josep., *El concepto de defecto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, pp 628 y 661. En todo caso, téngase en cuenta que en la jurisprudencia española sobre responsabilidad por medicamento no se había resuelto ningún caso sobre defecto de diseño. Solamente, la jurisprudencia menor había hecho una referencia tangencial al asunto en la *SAP Valencia nº 615/1996, de 22 de noviembre de 1997*, en el caso del medicamento Eskazine referido con anterioridad en relación a la información terapéutica, el Tribunal revisa la seguridad del diseño del medicamento mediante la ponderación de la utilidad y los riesgos del producto en los siguientes términos: “pese a las consecuencias graves que pueda producir en casos muy aislados, no se puede prescindir de su uso, pues el beneficio terapéutico que produce hace inclinar la balanza a su favor”.

⁹⁹⁸ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. p.7.

Que no había puesto en circulación el producto; b) Que, dadas las circunstancias del caso, es posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto; c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial; d) Que el defecto se debió a que el producto fue elaborado conforme a normas imperativas existentes; e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto.

Siendo la excepción de los riesgos de desarrollo, la causa de exoneración que presenta mayores problemas en este ámbito, es necesario darle un tratamiento especial. En este sentido, los riesgos de desarrollo son los causados por el defecto de un producto que no era reconocible a la luz del estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la comercialización del producto de que se trate. Cuando esto sucede, algunos ordenamientos jurídicos imputan la responsabilidad al fabricante del producto, pero otros establecen una excepción que le permite exonerarse de tal responsabilidad. En España, al igual que sucede en Alemania, Bélgica o Dinamarca, el TRLGDCU prevé en su artículo 140.1.e) como excepción o causa de exoneración de la responsabilidad del fabricante *“que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”*. Sin embargo, dicha excepción no podrá ser aplicable a los sujetos responsables, en el caso de medicamentos (o alimentos y productos alimentarios destinados al consumo humano) como así señala el artículo 140.3 TRLGDCU.

Siguiendo a SALVADOR CODERCH y SOLÉ FELIÚ⁹⁹⁹, nos sumergiremos en los criterios sobre responsabilidad por riesgos de desarrollo en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal que ha resultado ser diferente en función de la jurisdicción ante la que nos encontremos¹⁰⁰⁰. En cuanto a la jurisprudencia de la Sala de lo Civil en el ámbito de los riesgos de desarrollo, el estado de la cuestión aborda diferentes soluciones dentro de la misma sala. Como decimos, mientras el resto de sentencias que abordaremos a continuación se centran en la responsabilidad de la Administración sanitaria por la falta de control de la seguridad de los productos utilizados en la asistencia sanitaria, la STS de 5 de octubre de 1999 (RJ 1999\7853), condena por primera vez al laboratorio demandado a pagar la indemnización a un paciente tratado con plasma sanguíneo que produce la demandada y contaminado de VHC en un hospital público¹⁰⁰¹. Respecto al resto de sentencias de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, hubo ciertas vacilaciones iniciales, aunque

⁹⁹⁹ SALVADOR CODERCH, Pablo, SOLÉ FELIÚ, Josep, RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, CARRASCO MARTÍN, Jordi, SEUBA TORREBLANCA, Joan Carles, LUNA YERGA, Álvaro, "Los riesgos de desarrollo", *Indret* nº 1, 2001, (pp. 1-30).

¹⁰⁰⁰ DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, "Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas", *Repertorio de Jurisprudencia* nº 41 1999 42/1999, Aranzadi, 2000 hace un minucioso análisis jurisprudencial donde señala que los casos de responsabilidad de la Administración resueltos por la Sala Primera contrastan con los sometidos a juicio de la jurisdicción social y contencioso-administrativa, pues se fundamentan de un modo diferente. En el mismo sentido PARDO GATO, José Ricardo, "La responsabilidad civil sanitaria por riesgos de desarrollo", disponible en <http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/>

¹⁰⁰¹ "Se desprende claramente la estimación de la demanda de responsabilidad civil, con base constitucional (artículos 43 y 51 de la Constitución Española), fundamento en el Código Civil (artículo 1902) y apoyo en legislación especial (artículo 28 de la Ley de Consumidores y Usuarios): se ha acreditado el nexo causal entre la actuación -fabricación de producto farmacéutico- de la sociedad demandada y el daño personal y moral que sufre el demandante, siendo intrascendente jurídicamente el elemento de la culpabilidad en esta responsabilidad objetiva".

finalmente en la actualidad se han decantado por exonerar a la Administración sanitaria cuando el contagio se produce en un centro sanitario público, mientras que si el mismo tiene lugar en un centro hospitalario privado se exige la indemnización correspondiente. Estas vacilaciones iniciales condujeron a la consideración originaria de condenar por responsabilidad civil de los centros sanitarios en los que se llevó a término el correspondiente contagio transfusional, obligando al pago de la correspondiente indemnización¹⁰⁰².

¹⁰⁰² Así sucede en los siguientes casos: *STS de 18 de febrero de 1997* (RJ 1997\1240) condena al Instituto Catalán de Salud al pago de la indemnización por la falta de información al paciente de los riesgos de la transfusión, pues no se le advirtió al paciente de los riesgos de la misma, de los que se presentarían en caso de no realizarla y de las posibles alternativas terapéuticas, con lo que asumieron los riesgos por sí, en el lugar de hacerlo el enfermo, llamado a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible. La *STS de 11 de febrero de 1998*, trae causa de un caso de una paciente portadora de VIH, contagiada del virus del sida por transfusión de sangre infectada debido a la inobservancia de la normativa reguladora de la hemodonación y bancos de sangre. El Alto Tribunal rechaza los recursos de casación interpuestos por ambas partes. De esta manera, la sentencia de primera instancia condenaba al INSALUD a pagar la indemnización y la sentencia de apelación eleva dicha indemnización por daños actuales pero deja sin efecto la condena por daño futuros. La *STS de 28 de diciembre de 1998* (RJ 1998\10161), estima el recurso de casación planteado, tras haber sido la pretensión desestimada en las dos primeras instancias. Dicha sentencia trae causa de la infección de VIH provocada a una mujer por transfusión de sangre, que provoca el nacimiento prematuro de su hijo y su posterior fallecimiento. La madre fallece durante el pleito y el Alto Tribunal, estima el recurso del viudo, al que indemniza por ambas muertes, debido a la falta de realización de las pruebas de detección, con independencia de la vigencia de las normas reglamentarias que exigían la práctica de pruebas analíticas a los pacientes. Así mismo, manifiesta que existía un conocimiento a nivel científico y de la opinión pública de las consecuencias fatales del SIDA, de sus grupos de riesgo y de las posibles fuentes de contagio. La *STS de 10 de noviembre de 1999* (RJ 1999,8005) estima la demanda, revocando la sentencia de la Audiencia y confirmando la de instancia, por lo que condena al Servicio Andaluz de Salud por haber realizado una transfusión de sangre contagiada de sida. Así, la sentencia establece que “en el presente caso es perfectamente aplicable a la estimación del motivo que se estudia, lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 28.1 y 2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que proclaman el derecho que tienen el consumidor

Sin embargo, a pesar de esta jurisprudencia, ya se atisbaba un inicio del cambio de orientación en la misma en la Sala de lo Civil y así la STS de 8 de febrero de 2000 (RJ 2000,1235), condujo a confirmar la desestimación de una demanda indemnizatoria por contagio del virus de la hepatitis C, al considerar no probada la relación de causalidad entre la transfusión y la enfermedad de la actora en los siguientes términos:

Inicialmente, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Alto Tribunal también comenzó resolviendo recursos de casación para unificación de doctrina que casan los fallos recurridos y conceden indemnizaciones a los afectados¹⁰⁰³. Con todo ello, el giro jurisprudencial

y usuario de productos farmacéuticos y servicios sanitarios a ser indemnizados por parte de los que los suministran o facilitan dichos productos o servicios, cuando sean defectuosos. No hay duda que dicha normativa estaba en vigor en el momento que sucedieron los hechos, aunque, hoy por hoy, en el momento en que se resuelve la cuestión, dichos artículos están modificados, concretados y enriquecidos por la Ley 22/1994, de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos, que introduce en nuestro derecho la Directiva 374/1985". La STS 17 de octubre de 2001 (RJ 2001,8741), también estimo la demanda y condeno al centro médico por el contagio de VIH por transfusión sanguínea posterior a una cesárea, obligando así al pago de una indemnización cifrada de 25 millones de pesetas. Se produce un incumplimiento del deber de información de los peligros y alternativas de la transfusión y no prestación de consentimiento válido.

¹⁰⁰³ En este sentido destacamos STS de 5 octubre 2000 (RJ 2000\8621), señala que, para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso. Y conviene tomar nota de que el artículo 141, LRJ-PAC, en su nueva redacción, habla de la ciencia y de la técnica, que son cosas distintas aunque relacionadas. En el caso de autos está acreditado documentalmente que en la fecha en que tuvo lugar la transfusión existían técnicas que permitían detectar el virus de la Hepatitis C; la STS de 19 de octubre de 2000 (RJ 2000\8637) dispone que es obligado concluir que ni ha habido fuerza mayor ni cabe hablar de ausencia de antijuridicidad de la lesión ya que no se ha acreditado por quien tenía la carga procesal de hacerlo –la Administración– la imposibilidad de evitar el daño en función del estado de la ciencia en el momento en que se produjo; y el caso fortuito, aun admitiendo que exista, no es bastante para enervar la responsabilidad demandada a la Administración. En base a ello, condena a la Administración al pago de una indemnización de doce millones de pesetas; la STS de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000\9116), en el mismo sentido, concede

más notorio, tal y como apunta PARDO GATO¹⁰⁰⁴, se produjo en sede contencioso-administrativa con la STS 25 de noviembre de 2000 (RJ 2001, 550), donde el Tribunal Supremo abandonó la tesis indemnizatoria que trae causa del criterio seguido por la Sala Cuarta de lo Social del mismo Tribunal Supremo¹⁰⁰⁵. Esta doctrina basada en la inexistencia de responsabilidad de la Administración sanitaria, ha sido mantenida posteriormente en otros pronunciamientos judiciales de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo¹⁰⁰⁶

una indemnización de cinco millones de pesetas por varias transfusiones realizadas entre los meses de febrero y marzo de 1986.

¹⁰⁰⁴ PARTO GATO, José Ricardo, "La responsabilidad civil sanitaria por riesgos de desarrollo", op.cit, p. 7.

¹⁰⁰⁵ PARDO GATO, José Ricardo, "La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos de desarrollo: un antes y un después de la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE", *La Ley*, nº 3, 2003, pp. 1735-1749, señala en la nota 49 que esta doctrina de que no existían los medios necesarios para analizar en el plasma sanguíneo la presencia de anticuerpos había sido seguida por la SAN de 25 de abril de 2001, en el caso en que el actor, hemofílico, había recibido concentrados de factor desde 1977 hasta el mes de mayo de 1984; STSJ Cataluña, contencioso-administrativo, de 6 de mayo de 1998 en una transfusión efectuada durante el otoño de 1984; STSJ Cataluña, contencioso-administrativa, de 11 de febrero de 2000 en una transfusión de sangre realizada en mayo de 1988.

¹⁰⁰⁶ La STS de 10 de febrero de 2001 (RJ 2001\2629) señala que era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se realizasen para atender al restablecimiento de la salud del enfermo, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 LRJ-PAC; La STS de 19 de abril de 2001 (RJ 2001\2896) también reconoce que la indemnización es improcedente por la imposibilidad de detección del virus a la fecha de la transfusión señalando que "la imposibilidad de detección del virus en la fecha de la transfusión determinó que el daño causado al recurrente no sea antijurídico y por tanto aquél venía obligado a soportarlo". Realiza una fundamentación de la indemnización improcedente en base a que el recurrente tenía el deber de soportar el daño, y lo intenta diferenciar de la fuerza mayor. La misma argumentación sigue la *STS de 19 de junio de 2001* (RJ 2001\10059), y deniega la indemnización ya que el contagio de hepatitis C es

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia examinada, podían extraerse varias conclusiones: la primera es que los Tribunales del orden civil habían dejado prácticamente de ocuparse de litigios sobre infecciones del sida o de la hepatitis C, dada la consabida unificación jurisdiccional en el ordenamiento contencioso-administrativo para el conocimiento de las demandas de responsabilidad patrimonial contra la Administración sanitaria, lo que choca con el hecho de que hasta fechas relativamente recientes la mayor parte de las demandas interpuestas contra la Administración por temas sanitarios se planteaban propiamente ante la jurisdicción civil y se resolvían de conformidad con los postulados del Código Civil, de suerte que nuestros Tribunales venían a brindar idéntico tratamiento a la responsabilidad civil por daños en el ámbito de la medicina pública y privada, lo que ha dejado de suceder. La segunda consecuencia es que los tribunales han ido abandonando la tesis favorable a la indemnización. De este modo, tanto la derogada LRCPD de 1994 como la Ley 30/1992, de 26, de noviembre, de régimen jurídico y procedimiento administrativo común, establecerían un régimen objetivo de responsabilidad pero conllevaría consecuencias distintas para la Administración Pública en cuanto a los riesgos de desarrollo: mientras que la primera no permite exoneración de la responsabilidad por riesgos de desarrollo causados por medicamentos, la segunda sí faculta, tras la

un daño que el recurrente tiene el deber jurídico de soportar. Sin embargo, la *STS de 21 de junio de 2001* (RJ 2001\7425) gira en torno al concepto de fuerza mayor seguido en la *STS de 20 de noviembre de 2001*, apostando por la tesis de que al resultar imposible comprobar si la sangre transfundida estaba contaminada con el virus C de la hepatitis por no haberse identificado el virus ni comercializado los marcadores para detectarlo cuando se llevó a cabo la transfusión de sangre como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada al demandante, la Administración sanitaria queda exonerada de responsabilidad por tratarse de un caso de fuerza mayor.

modificación de 1999, oponer tal exoneración¹⁰⁰⁷. En este sentido, el punto de inflexión se produjo con la STJUE de 10 de mayo de 2001 (asunto C-203/99), pues en ella se estableció la aplicación de la Directiva 85/374 a las Administraciones Públicas fabricantes de productos defectuosos¹⁰⁰⁸

Interpretando la Directiva, la sentencia enjuicia el caso en el que el Sr. Veedfald iba a someterse a un transplante de riñón. El riñón, obtenido de su hermano donante, fue tratado con una solución fabricada en la farmacia de un hospital público que resultó defectuosa, por lo que se decidió la inviabilidad del transplante. El afectado solicitó indemnización por el fracaso del transplante, y el STJCE sostuvo que el hospital no podía exonerarse de su responsabilidad cuando utilizara un producto

¹⁰⁰⁷ PARDO GATO, José Ricardo, “La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos de desarrollo: un antes y un después de la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE”...ob.cit., passim.

¹⁰⁰⁸ Tal y como apunta GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “Aporías y distorsiones en el carácter objetivo de la responsabilidad civil por productos defectuosos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 1/2014 (pp 1-48), p. 24, esta STJCE estableció la aplicación de la Directiva 85/374 a las Administraciones Públicas fabricantes de productos defectuosos, de modo que dicha doctrina podría llegar a cuestionar la reforma operada en España mediante la Ley 4/1999 de 13 de enero en relación a la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En general, se le reprocha, entre otras cosas, haber establecido en nuestro derecho una dualidad de regímenes en relación con los riesgos de desarrollo, según que el producto defectuoso en cuestión provenga de un fabricante privado o sea la Administración Pública la que actúe como fabricante o importador. Al ser aplicable a la Administración el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 y no el artículo 140.3 TRLGDCU, su exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo, aun en el caos de que éstos afecten a medicamentos, podría llevar a tildar de injustificada la diferencia de trato que supone la ventajosa y privilegiada posición que se le otorga respecto al resto de los productores que concurren en el mismo mercado. Los problemas que puede originar la referida tesis del TJCE recaerán, no tanto sobre el supuesto de los riesgos de desarrollo, para el que los Estado pueden optar sobre la excepción de responsabilidad, sino para todos aquellos aspectos que configuran el régimen de responsabilidad del productos en la Directiva como Derecho no disponible (daños indemnizables, plazo de ejercicio de la acción...).

defectuosos elaborado por su propio personal por el simple hecho de tratarse de un hospital público, así como por el mero razonamiento de que los pacientes no abonaban directamente los tratamientos recibidos y de los que se beneficiaban. En definitiva, para el TJUE no existe razón alguna que autorice a eximir del régimen de responsabilidad establecido en la Directiva europea al hospital público fabricante del producto farmacéutico defectuosos, sobre todo si se tiene en cuenta que ante esas mismas circunstancias de ningún modo se hubiera cuestionado la sujeción a dicho régimen de un hospital privado igualmente fabricante¹⁰⁰⁹.

8.7.- Prescripción. El caso de la talidomida: entre la justicia material y la seguridad jurídica

A efectos de prescripción, el artículo 143 TRLGDCU dispone que “la acción de reparación de los daños y perjuicios previstos en este capítulo prescribirá a los tres años, a contar desde la fecha en que el perjudicado sufrió el perjuicio, ya sea por defecto del producto o por el daño que dicho defecto le ocasionó, siempre que se conozca al responsable de dicho perjuicio”. Además, fija un segundo plazo prescriptorio ya que la acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día del pago de la indemnización. En relación con la institución de la prescripción, queremos hacer referencia a un caso extremadamente ilustrativo en relación con los daños causados por medicamentos defectuosos, tanto por su repercusión social y mediática como por la

¹⁰⁰⁹ PARDO GATO, José Ricardo, “La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos de desarrollo, op.cit realiza una crítica ya que no puede existir justificación jurídica que ampare la desigualdad de régimen jurídico entre sujetos sometidos a derecho público y sujetos sometidos a derecho privado, máxime si la línea divisoria entre unos y otros se vuelve cada vez más estrecha.

entidad de los daños causados, como es el caso de la talidomida en España, al que no es aplicable el artículo 143 TRLGDCU pues la acción de los afectados está basada en los preceptos del Código Civil. Este medicamento se prescribía para tratar las molestias del embarazo en la década de los sesenta. Algunas informaciones apuntan que la farmacéutica alemana Grünental, vinculada al caso de la talidomida, también comercializó el medicamento Agreal en Francia, y al que nos hemos referido con anterioridad, aunque en España la comercialización de éste medicamento se llevó a cabo por la farmacéutica Sanofi Aventis¹⁰¹⁰.

La catástrofe global del caso de la talidomida propició una postura

¹⁰¹⁰ La talidomida como principio activo fue descubierta y desarrollada en los años cincuenta en Alemania por Chemise Grünental GmbH. Su consumo por las madres gestantes con el fin de paliar las náuseas, insomnio, ansiedad y mareos propios del embarazo, produjo graves malformaciones en los bebés que sobrevivieron. Como consecuencia de los hechos se siguió en Alemania un procedimiento (proceso Contergan) en el que los afectados alemanes llegaron a un acuerdo indemnizatorio a través de una fundación costeadada principalmente por Grünental, por lo que el procedimiento se archivó en diciembre de 1970. En 1961 la talidomida fue retirada del mercado mundial, pero en nuestro país este hecho no se produjo hasta 1963, prolongándose hasta la actualidad la fijación de indemnizaciones. No obstante, es obvio anticipar que el caso de la talidomida no sólo afectó a pacientes en España. Dicho medicamento también fue suministrado en Europa: Alemana, Francia, Bélgica, Italia, Irlanda, Portugal, Noruega o Reino Unido entre otros. Igualmente, dio el salto desde el viejo continente hasta Japón, Australia, Canadá y África. Sin embargo, en EE.UU, la supervisora de la agencia del medicamento en aquel país (*Food and Drug Administration*), la doctora Frances Oldham, no sucumbió a las presiones de la industria farmacéutica y se negó a darle el visto bueno a la autorización del medicamento, evitando que la tragedia se propagara también por EE.UU (<http://hipertextual.com/2015/08/frances-oldham-kelsey-talidomida>, consultada el día 31 de diciembre de 201%). Es importante destacar que, en la actualidad, nuevos casos de malformaciones se están produciendo en Brasil y Perú, debido a la utilización del fármaco para tratar enfermedades graves y no ya molestias gestacionales (JARA, Miguel., *Traficantes de salud: como nos venden medicamentos peligrosos y juegan con la enfermedad*, Icaria, 2007, p.37 señala se obtienen buenos resultados en el tratamiento con talidomida en pacientes con algunos tipos de cáncer, lepra o VIH, aunque los riesgos son inevitables).

ética clara así como una respuesta indemnizatoria de la mayoría de las instituciones y gobiernos a nivel mundial. Sin embargo, en España la cuestión ha tenido distinto tratamiento, generando importantes críticas tanto a nivel social como de parte de la doctrina, por situar a los afectados en una encrucijada entre la justicia y la seguridad jurídica por los poderes públicos y de los tribunales¹⁰¹¹. Ante la falta de acuerdo indemnizatorio, los afectados deciden ejercitar, por medio de su asociación AVITE, una acción de responsabilidad civil ante los tribunales, a la que la farmacéutica se opone alegando su prescripción extintiva como forma de extinción de los derechos por su no ejercicio en el período fijado por la ley (en este caso un año en virtud del artículo 1968.2 CC). Por tanto, las cuestiones de derecho planteadas en el procedimiento se centraban fundamentalmente en la prescripción de la acción ejercitada, sin perjuicio de otras cuestiones como la legitimación de la demandada y de los grupos de empresas que la conformaban¹⁰¹². La

¹⁰¹¹ SARRATO MARTÍNEZ, Luis, “Talidomida: de la irresponsabilidad de los poderes públicos a la injusticia de los tribunales”, *Actualidad jurídica Aranzadi* nº 894/2014 (pp1-2) p.2 señala esperanzado en el año 2014 que “es de esperar que el Tribunal Supremo, última instancia a la que los afectados pueden acudir para solicitar justicia de una vez por todas, tenga en cuenta las circunstancias especiales que han envuelto a este colectivo que ha venido sufriendo la travesía del desierto. Sería una justa reparación por los daños que, sin culpa alguna, han venido sufriendo durante toda su vida”. YAÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino., “Daños progresivos y prescripción”, *Actualidad jurídica Aranzadi* nº 894/2014 (pp 1-2) p. 1 comienza su artículo señalando que es un principio general en la práctica judicial que en el conflicto entre la seguridad jurídica y la Justicia, debe prevalecer siempre la Justicia.

¹⁰¹² Tal y como señala SALVADOR CODERCH, Pablo, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio, RUBÍ PUIG, Antoni, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y TERRA IBÁÑEZ, Antoni., “Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº90, Madrid, 19.11.2013 sobre daños causados por talidomida”, *Indtret 1/2014*, (pp 1-30), p. 18 señala que los actos propios de Grünenthal GmbH en la gestión de las contingencias en España fundamentarían pues la atribución de legitimación *ad processum* y *ad causam* a Grünenthal Pharma S.A. Además, al respecto la magistrada resuelve que dadas las circunstancias del caso cabe considerar a la predecesora de la demandada, Medinsa, como algo más que una simple distribuidora, aunque erróneamente entiende que su

acción de la demandante no se basa en la específica regulación de productos defectuosos, inexistente en aquel momento, sino en la legislación sustantiva que regula la responsabilidad extracontractual, con mención genérica al cumplimiento de las obligaciones, pero, sin duda, la sentencia señala que “su espíritu puede ser tenido en cuenta en orden a poner de manifiesto la protección reforzada que históricamente se ha ido otorgando a los daños derivados del consumo de medicamentos”. El fallo de la sentencia del *Juzgado de Primera Instancia de Madrid nº 90, de 19 de noviembre de 2013* (AC 2013\2288) recoge la doctrina jurisprudencial sobre los daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, donde el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*"dies a quo"*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese "definitivo resultado" que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección. Con carácter general, el momento del alta definitiva es aquél en el que las secuelas han quedado determinadas, comenzando la prescripción de la acción para reclamar la indemnización. En relación al caso concreto, la sentencia se apoya en el informe Heidelberg de fecha 21 de diciembre de 2012 alegado por los afectados y encargado por la Fundación Contergan para conocer la actual situación vital y las necesidades futuras de

condición de concesionaria permitiría no calificarla como distribuidora. La calificación de la predecesora de la demandada como “último eslabón en la cadena de fabricación, promoción y distribución para el consumo de los medicamentos desarrollados por la matriz (dominante) del grupo” encuentra apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 9 de febrero de 2006, asunto C-127/04, *O’Byrne c. Sanofi Pasteur MSD Ltd.*

asistencia de los hombres y mujeres afectados por tal enfermedad¹⁰¹³. Acto seguido, la resolución adopta la citada doctrina de los daños continuados para no considerar prescrita la acción de los afectados, lo cual implica que, por primera vez en España, se condena a la farmacéutica a indemnizar a los afectados reconocidos como talidomínicos con 20.000€ por cada punto porcentual de minusvalía reconocida por la Administración¹⁰¹⁴. Finalmente, la sentencia condena a la demandada a pagar una indemnización de 20.000 euros por cada punto porcentual de minusvalía, según lo solicitado en la demanda, pero no contiene ninguna afirmación adicional que justifique por qué la demandada es condenada a pagar tal cantidad, y no cualquier otra mayor o menos, y mucho menos por qué conceptos¹⁰¹⁵. En opinión de PARRA

¹⁰¹³ Se pronuncia en los siguientes términos: “En fechas recientes se ha sabido que los afectados por la talidomida pueden padecer daños que se denominan en el propio informe “daños secundarios, tardíos o de aparición tardía” y que se distinguen expresamente de los que llama “daños continuados” a los que se ha hecho referencia anteriormente. Se trata de daños que, si bien pudieran tener también un origen prenatal, no se habían manifestado o conocido como vinculados a la talidomida hasta fechas recientes, de hecho, no fueron objeto del cuestionario ni de las entrevistas del estudio Heidelberg pero “fueron puestos de manifiesto al informar los afectados de dolencias que eran reconducibles como daños tardíos”. Son padecimientos asociados al sistema nervioso, al sistema vascular (arterias, venas y tejido linfático) y de la musculatura que según el informe habrían sido constatados por las dos terceras partes de los médicos que han atendido a afectados por la talidomida y que se concretan, entre otros factores, en la imposibilidad de extraer sangre, problemas para medir la tensión arterial, disminución circulatoria por espesor vascular reducido, debilidad muscular no relacionada con la edad o desarrollo muscular atípico, desarrollo atípico de los vasos y nervios periféricos”.

¹⁰¹⁴ La sentencia señala que “a pesar del tiempo transcurrido desde los hechos, en la actualidad no se tiene un conocimiento cierto, cabal, seguro, exacto y absolutamente definitivo sobre el alcance de las lesiones y secuelas producidas por la talidomida, es decir, los daños derivados de su ingesta no están plena y absolutamente determinados ni consolidados, por lo que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial descrita anteriormente, la acción rectora del procedimiento no puede considerarse prescrita”.

¹⁰¹⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio, RUBÍ PUIG, Antoni, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y TERRA IBÁÑEZ,

LUCÁN, por las circunstancias del caso, hay argumentos para defender que sólo a partir del reconocimiento de la condición de talidomídico puede considerarse que comenzó la posibilidad real de ejercer la acción de responsabilidad (artículo 1.969 CC) y, entonces, por todos los daños. Este enfoque es el que prefiere la autora porque entiende que se ajusta a la falta de información y a la imposibilidad de las víctimas de haber iniciado un pleito con anterioridad. En todo caso, dada la conducta deliberadamente ocultista de la demandada, debería ser ésta quien acreditara, para cada víctima concreta, que el *dies a quo* comenzó en un momento anterior¹⁰¹⁶.

La sentencia de instancia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid que, en su sentencia de 13 de octubre de 2014 (AC 2014\1712), revoca parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia, adoptando el *criterio de los daños permanentes*, no de los daños continuados. Considera el juzgador que los daños se evidencian en el momento del parto, pudiendo determinar en ese momento el alcance invalidante de las secuelas, existiendo un resultado definitivo¹⁰¹⁷. A pesar de acogerse a la doctrina de los daños permanentes, la Audiencia Provincial no niega la posibilidad de los afectados de recurrir a la doctrina de los *daños sobrevenidos* para reclamar por aquellos daños que han aparecido tardíamente. Sin embargo, en ningún caso deben los daños

Antoni., “Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº90, Madrid, 19.11.2013, op.cit, p. 25-26.

¹⁰¹⁶ PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, “La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8/2013, (pp130-147) p. 142.

¹⁰¹⁷ “Afirmar lo contrario implicaría admitir que el inicio del plazo se prolongaría indefectiblemente hasta la muerte del sujeto, incluyendo la propia muerte entre los daños causados por el fármaco, lo que sería entender la imprescriptibilidad de las acciones, algo contrario al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) que, a su vez, es fundamento de la prescripción”.

sobrevenidos permitir la exclusión del cómputo de la prescripción y dejar indeterminado el inicio de su cómputo¹⁰¹⁸.

En consecuencia, el fallo de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid estima el recurso de la farmacéutica, absolviendo a la demandada de los pedimentos del suplico de la demanda y sin hacer declaración sobre costas causadas tanto en primera instancia como en esta alzada. El peregrinaje de los afectados ha llegado hasta el Tribunal Supremo que admitió su recurso contra la sentencia de la Audiencia Provincial mediante Auto de 4 de marzo de 2015 (JUR 2015, 81248). Finalmente, el Alto Tribunal se pronuncia en la STS de 20 de octubre de 2015 (RJ 2015, 4226), que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y declara definitivamente prescrita la reclamación de daños y perjuicios formulada por las víctimas de la talidomida contra la farmacéutica alemana Grünenthal¹⁰¹⁹. Así, el Alto Tribunal desestima

¹⁰¹⁸ Así, su pronunciamiento es el siguiente: “esta Sala entiende que nos encontramos en un supuesto en el que debe aplicarse esta doctrina jurisprudencial, y de esta manera, si determinados tipos de lesiones se evidencian en el momento del parto (así las que afectan a extremidades superiores o inferiores (focomelia), en algunos supuestos a ambas, la amelia, falta del pulgar, etc.) se trata de secuelas que ya podían ser determinadas en el momento del nacimiento, pues es en ese momento cuando se determina el alcance invalidante de las mismas (SSTS 22/7/08 [RJ 2008, 4493] y 3/12/07 [RJ 2008,33], con cita en ambas de otras muchas) y se trata de defectos permanentes (STS 2 de abril de 2014 [RJ 2014, 2162], como consecuencia de la ingestión de la talidomida en el periodo crítico por la madre gestante; sin perjuicio de su agravamiento o el surgimiento de otras como consecuencia de aquéllas, empero ello (la constatación de nuevas secuelas) implicaría una nueva etapa o un hecho diferenciado distinto del anterior. Para supuestos distintos de los anteriores (así secuelas en órganos internos u otros) al no poder determinarse desde el momento del nacimiento, respecto de esta primera etapa o fase el inicio del cómputo de la prescripción se produciría no en el momento de su diagnóstico, sino en el momento en que se determine el alcance invalidante de las mismas”.

¹⁰¹⁹ Señala que “una cosa es que los daños se manifestaran con el nacimiento, que no son daños continuados sino permanentes y evaluables, en los que el plazo de prescripción comienza a correr cuando se produjeron, y se constató su carácter permanente y definitivo, y otra distinta son estos daños

la demanda de los afectados, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente. Este hecho, y la extremada dureza del Tribunal al juzgar el caso, han sido puestos de manifiesto por parte de la doctrina¹⁰²⁰. En todo caso, la sentencia contiene el voto particular del Magistrado Francisco Javier Arroyo Fiestas, en el que parte de una consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción en la fecha de la resolución administrativa que declara el alcance de la incapacidad del perjudicado en relación a su causa originaria, que concurrió en el Real Decreto 1006/2010 que relacionó por primera vez en España la ingesta de la talidomida y las malformaciones de los afectados, exigiéndose informe al respecto del Instituto de Salud Carlos III para la subsiguiente valoración de la discapacidad concurrente en cada uno. Por ello, considera que la sentencia de la que discrepa ha infringido dicha doctrina jurisprudencial constante sin justificación alguna, vulnerando el derecho a la igualdad ante la Ley del que gozan todos los ciudadanos españoles. Es decir, que se ha producido un cambio de doctrina jurisprudencial sin la debida justificación razonada, lo que puede dar pie a la interposición del correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y a la

tardíos en los que sí cabe que el cómputo se difiera al momento en que sus consecuencias lesivas sean definitivas”.

¹⁰²⁰ YAÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino., “Talidomida y prescripción”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 914, 2015, p.1 señala la extraordinaria dureza con la que se pronuncia el ponente respecto de la justificadísima reclamación de los afectados en relación con sus gravísimas dolencias, incluyendo expresiones tajantes como; «Nada más», atribuyendo al Tribunal la función de la «actuación del poder en la aplicación del derecho» y no la de deparar justicia como sería más obvio, y haciendo cargar, sin duda ni sensibilidad de ningún tipo, al colectivo de afectados con «la expresa imposición de las costas causadas». La piedad debe, o al menos debería ser, parte esencial de la Justicia.

posible estimación del mismo, lo que muy seguramente sería un acto de justicia¹⁰²¹.

¹⁰²¹ YAÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino, “Talidomida y prescripción”,... op.cit, p.3

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Cuanto se ha expuesto hasta ahora en este trabajo doctoral nos conduce a formular las siguientes conclusiones que, a efectos de su mayor claridad, sistematizamos en los apartados que a continuación se relacionan.

PRIMERA.- Teniendo en cuenta la consideración del Derecho como categoría histórica condicionada por los fenómenos sociales que regula, la consideración jurídica del usuario de servicios sanitarios como consumidor se encuentra directamente vinculada con la importante transformación sociológica del contexto de la relación entre médico y paciente. Examinando la evolución histórica de la prestación de servicios sanitarios desde la antigüedad hasta nuestros días, podemos comprobar que originariamente y hasta fechas relativamente recientes, el destinatario de la práctica asistencial tenía la mera consideración de “enfermo”, sujeto carente de cualquier tipo de derecho subjetivo al resultar la actividad médica autónoma a la intervención jurídica y, según los casos, privado incluso de determinadas facultades legales. Así transcurren las cosas desde los tiempos de las civilizaciones antiguas, inspiradas en elementos mágico-religiosos, pasando por la medicina basada en la beneficencia, ya sea bajo el manto de la *philia* griega o la *amicitia* romana. Sin perjuicio de la evolución de la práctica médica, que pasará de empírica a técnica, lo cierto es que la relación asistencial estuvo tradicionalmente impregnada de un sustrato de beneficencia que tendrá lógicamente su plasmación en la articulación contractual del vínculo. En este sentido, la juridificación teórica de dicha relación se produce en Roma, si bien no resulta pacífica doctrinalmente su fundamentación en el contrato de mandato o en el arrendamiento de servicios (*locatio-conductio operarum*). En todo caso, lo

realmente relevante a los efectos de nuestro estudio radica en que, tanto en una u otra figura, el prestador del servicio sanitario recibía un *honorarium*, denominación que revela el carácter honorífico de la prestación, cuestión que debe necesariamente ponerse en relación con los principios de confianza y beneficencia que inspiraban el quehacer médico. En este sentido, el carácter fiduciario del vínculo tendrá su lógica repercusión en los esquemas de configuración contractual.

SEGUNDA.- La situación descrita, tanto desde la perspectiva jurídica como sociológica, se verá inalterada hasta el siglo XX. Ni el período medieval, ni el que transcurre entre el Renacimiento y el siglo XIX, supondrán grandes alteraciones de dicho marco. Es cierto que se pasa de una relación cuasi-sacerdotal inspirada en la caridad cristiana a un proceso clínico secularizado pero la verticalidad de la relación jurídica continuará caracterizando la relación clínica. La concepción benéfica de la actividad asistencial y su aceptación como relación jurídica asimétrica seguirán presentes tanto en los textos jurídicos medievales y de la edad moderna como en el Derecho decimonónico en el que la codificación europea no prestó atención singularizada al fenómeno asistencial. En efecto, si bien en el siglo XIX se generaliza el concepto de “paciente”, se entiende como mero destinatario pasivo de la prestación sanitaria que continúa siendo concebida como actividad amparada en la beneficencia y, por ende, exenta de responsabilidad para el prestador, salvo en casos realmente vinculados a daños por una muy defectuosa praxis médica (responsabilidad por *malpractice* en los países del *common law* donde comienza de forma incipiente a afirmarse la autonomía del paciente y la juridificación de la actividad médica a efectos responsabilísticos). Todo ello se compadecía con una concepción exclusivamente salubrista en la legislación decimonónica, de modo que la preocupación del Estado

liberal abstencionista radica exclusivamente en los problemas de ordenación profesional y de salud colectiva, considerando la asistencia sanitaria una cuestión puramente personal.

TERCERA.- La situación de asimetría posicional comenzará a transformarse, lentamente y de forma solapada como suele suceder en todos los procesos históricos, una vez entrado el siglo XX. En este sentido, la investigación ha tratado de demostrar la relación directa entre el principio de autonomía del paciente y el proceso de consumerización de la prestación de servicios sanitarios, fenómeno que nace en los países anglosajones como consecuencia de la acendrada raigambre de los llamados derechos de no-interferencia. Así las cosas, durante el siglo XX se consolidará en Estados Unidos una línea jurisprudencial de afirmación del paciente como sujeto dotado de autonomía cuya vulneración implicará necesariamente la exigencia de responsabilidad para el profesional sanitario. En este sentido, pueden diferenciarse tres etapas en la jurisprudencia americana, cuya influencia será decisiva posteriormente para la afirmación y reivindicación de los derechos de los pacientes por el movimiento de los consumidores. Así, tenemos una primera etapa en la que el fundamento de la responsabilidad médica descansará en la agresión o “*battery*” que el médico produce en el cuerpo del paciente como consecuencia de una actuación clínica sin su consentimiento. En un segundo momento, se producirá la plena consagración jurisprudencial del principio de autonomía del paciente cuyo respeto se desvincula de la producción de un daño, de modo que se construye científicamente la doctrina del consentimiento como manifestación del derecho del paciente a su autodeterminación. El tercer momento evolutivo vendrá constituido por la definitiva implantación de la doctrina del consentimiento precedido de información (consentimiento informado), para finalizar con

la que hemos denominado “etapa de los estándares de la información” en la que se proponen diferentes criterios para determinar la cantidad y calidad de la información que debe brindarse al paciente con arreglo a diferentes parámetros sucesivos: el estándar profesional del “médico razonable”, el estándar objetivo de la persona razonable y el polémico estándar subjetivo del paciente. Por el contrario, la contribución europea a la consumerización jurídica de la prestación de servicios sanitarios no se producirá de la mano de la afirmación de derechos negativos de no interferencia, inherentes al constitucionalismo americano, sino a través del reconocimiento de derechos prestacionales de naturaleza positiva que se manifestarán en un proceso progresivo y creciente de universalización de la asistencia sanitaria, en un primer momento a través del sistema de seguros sociales obligatorios (modelo bismarckiano) para luego generalizarse mediante modelos de ciudadanía sanitaria inspirados en el modelo Beveridge que pueden conectarse con la denominada noción abstracta de consumidor. Progresivamente, tanto derechos positivos como negativos convergerán en diferentes textos internacionales en los que se positiviza este nuevo status del paciente. En todos ellos trasluce la idea de la consideración del paciente como sujeto de derecho, abandonando la clásica perspectiva imperante durante siglos. En este sentido, los derechos de los pacientes y la consecución de progresivas dosis de autonomía individual, de participación en la gestión de las políticas de salud y de protección de la salud pública tuvieron el importante empuje de los movimientos de las asociaciones de consumidores especialmente en los países anglosajones donde el status del paciente como consumidor resulta especialmente relevante. Se completa de esta forma un proceso histórico, particularmente acelerado en la segunda mitad del siglo XX, en el que, tras el paso de enfermo a paciente, se producirá la transformación de éste en un consumidor

especial de servicios y productos sanitarios, categoría más compatible con el principio de autonomía y con la participación del usuario como sujeto activo del proceso asistencial, razón por la que le resultaría aplicable por extensión la disciplina de tutela del consumidor como herramienta más eficaz para tal propósito. De esta forma, debe trascenderse la tradicional concepción del derecho a la salud de los consumidores como derecho de naturaleza meramente preventiva y de dimensión comunitaria –enfoque tradicional de las leyes de consumo de primera generación- para aplicarlo también a la dimensión asistencial y reparadora, individualizada desde la autonomía del usuario y la profesionalidad del prestador, abandonando así anacrónicos esquemas de relación fiduciaria basada en la confianza.

CUARTA.- La tarea de construcción científica del concepto del usuario de servicios sanitarios como consumidor ha tropezado tradicionalmente con el problema de la polisemia conceptual del término en otras disciplinas como la economía, a través de la teoría conductista, o la propia bioética. Frente a las concepciones de dichas disciplinas, que entienden la dimensión del paciente como consumidor en términos de mercantilización, cabe afirmar la importancia de la construcción de un concepto jurídico de consumidor de carácter integral y ajeno a la dimensión económica del mismo. La trascendencia de dicha tarea no sólo estriba en la posibilidad de reforzamiento de su posición subordinada en una relación jurídica especialmente asimétrica, sino también en la circunstancia de que la protección del consumidor ha resultado precisamente ser el título jurídico sobre el que ha descansado la intervención jurídico-pública en la limitación de la autonomía contractual en beneficio del usuario en determinados ordenamientos comparados, muy significativamente en la denominada Reforma Obama o en las recientes reformas argentinas en relación con la medicina prepaga, que

constituyen, a nuestro juicio, excelentes ejemplos de la potencialidad del concepto. Pese a lo que a primera vista pudiera pensarse, esta idea del paciente como consumidor no se encuentra vinculada a la naturaleza más o menos pública del sistema sanitario consagrado en cada ordenamiento, como demuestra el ejemplo británico. Antes al contrario, constituye una apuesta por el empoderamiento del usuario de servicios sanitarios en relación con sus derechos individuales y colectivos, ampliando de esta forma el perímetro de protección que otorga la legislación específicamente sanitaria.

QUINTA.- Sentada como hipótesis de partida la configuración de la prestación de servicios sanitarios como relación jurídica de consumo, resulta posible efectuar una operación de traslación de las diferentes categorías dogmáticas elaboradas por la doctrina a este vínculo prestacional. En relación con el concepto de consumidor, si bien no existe en el Derecho comunitario una definición unívoca, resulta posible diferenciar tres elementos comunes que permiten la construcción apriorística de un concepto básico. Se trataría, en primer término, de la exclusión de las personas jurídicas -a diferencia de la tradición española en la materia- del empleo de una técnica de delimitación negativa -definiendo al consumidor como sujeto ajeno a la actividad empresarial o profesional-, y finalmente, de la referencia bien a un término finalista (“con fines”) o bien a un término subjetivo (“propósito”). Este concepto jurídico-positivo se ha completado de manera restrictiva por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que ha añadido, por regla general, una delimitación positiva (finalidad doméstica) y ha acuñado la doctrina del consumidor medio, conforme a la cual únicamente éste, entendido como aquel normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se encontraría bajo el manto

protector del Derecho de Consumo. Desde la perspectiva del Derecho comparado, los Estados miembros de referencia de la Unión Europea han modificado sus ordenamientos para adaptarlos especialmente a la definición de consumidor que luce en la importante Directiva 2011/83 sobre derechos de los consumidores. Tal adaptación se ha efectuado de forma literal (caso francés y belga), bien con determinados matices respecto del concepto de la Directiva 2011/83, como sucede en Alemania y Reino Unido, donde se proporciona un criterio de solución al problema de los actos mixtos de consumo. En el caso de Portugal e Italia, la transposición no ha afectado a los conceptos preexistentes de consumidor. Por el contrario, desde la óptica de los ordenamientos latinoamericanos se sigue empleando la técnica del destinatario final con la notable excepción del ordenamiento peruano. En el Derecho español, la doble delimitación positiva y negativa, articulada en torno al concepto del destinatario final en la vieja Ley de 1984 ha dado paso a lo que cabe denominar como sistema de “ajenidad de propósito empresarial” en el TRLGDCU de 2007, que no ha experimentado modificaciones sustancialmente relevantes tras la reforma de 2014. En todo caso, la noción del TRLGDCU constituye un concepto general de consumidor perfectamente compatible con el concepto de consumidor especial, resultando perfectamente extensible al usuario de servicios sanitarios dado que no cabe duda que es una persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Tampoco cabe reserva alguna sobre la consideración como consumidor, tanto de quien contrata los servicios sanitarios como de quien los utiliza sin haberlos contratado, puesto que estaría llevando a cabo un *acto de consumo* en el seno de una relación jurídica de idéntica naturaleza.

SEXTA.- El usuario de servicios sanitarios debe gozar de un doble régimen de protección. Por una parte, el régimen especial que resulta de su propia normativa especial (básicamente LAP y LGS) pero, por otra también, el régimen general del TRLGDCU que, de este modo, se superpone al previsto en la disciplina especial. Resulta evidente que esta interpretación *pro consumatore* permite ampliar el arsenal preventivo y reparador con el que cuenta el destinatario de la asistencia sanitaria. Postulamos por ello una aplicación *cumulativa y no alternativa* de la norma general de consumo y de la norma especial sanitaria. Ello nos permitiría ampliar el perímetro de protección jurídica del usuario de servicios sanitarios, concepto que también extendemos a los productos sanitarios en la medida en que, sin perjuicio de que el prestador pueda variar, lo cierto es que no se entiende este segundo acto de consumo sin el primero. No obstante, esta interpretación de aplicación cumulativa de normativa sanitaria y normativa de consumo no ha sido pacífica, lo que resulta paradójico si tenemos en cuenta que ambas regulan el mismo sujeto -el destinatario de servicios sanitarios-, conforme al mismo principio informador -protección del usuario- y bajo la misma premisa justificativa -existencia de una relación vertical asimétrica-. Las razones que lo explican son fundamentalmente dos: la utilización de la normativa sectorial como herramienta de “*huida del Derecho de Consumo*” y el estudio del derecho constitucional a la protección de la salud, únicamente desde la vertiente del artículo 43 CE, con preterición de su plasmación adicional en el artículo 51.1 CE como derecho específico de los consumidores y usuarios.

SÉPTIMA.- La aplicación combinada y cumulativa de la norma general de consumo y de la norma sectorial sanitaria puede sostenerse con argumentos hermenéuticos de *lege data*. Sustancialmente se trata de

los siguientes: a) La figura del usuario de servicios sanitarios encaja sin dificultad alguna en el concepto general de consumidor o usuario; b) El artículo 9 TRLGDCU establece un deber de protección prioritaria de los derechos de los consumidores cuando guarden relación directa con “bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado” entre los que el vigente Real Decreto 1507/2000 incluye “medicamentos y productos sanitarios” y los “servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios”; c) El TRLGDCU recoge como derecho básico de los consumidores y usuarios la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad, resultando obvio que servicios y productos sanitarios son actividades de riesgo; d) El TRLGDCU contempla y tipifica infracciones vinculadas a la salud; e) Los contratos de prestación de servicios sanitarios (servicios médicos, clínica u hospitalización y seguro de asistencia sanitaria) son contratos de consumo, en su modalidad de contrato de servicios [apartado b) del artículo 59.bis]; f) El carácter pluridisciplinar del TRLGDCU y la posibilidad de que sus normas puedan resultar aplicadas por diferentes autoridades sectoriales es reconocida abiertamente en su Exposición de Motivos; g) En materia de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos se entiende incluido al usuario de servicios sanitarios, no sólo a través del amplio concepto de perjudicado del artículo 128 sino también como consecuencia de las referencias expresas a la salud en materia de medicamentos (artículo 140.3) y en materia de servicios sanitarios (artículo 148); h) La consideración del usuario de servicios sanitarios como consumidor también deriva de la legitimación activa de las asociaciones de consumidores y usuarios en materia de acciones colectivas de cesación en relación con la publicidad de medicamentos, productos sanitarios y productos-milagro; i) En el ámbito del Derecho cooperativo se prevé que las cooperativas sanitarias de destinatarios de

asistencia sanitaria se rijan por las normas sobre cooperativas de consumidores y usuarios; j) La normativa del Derecho de Consumo resulta de aplicación a aspectos conectados con la prestación de servicios sanitarios –incluyendo aquí las prestaciones accesorias de productos sanitarios- como la publicidad sanitaria y del comercio electrónico de medicamentos; k) El artículo 19 TRLGDCU abona la tesis de la aplicación combinada al permitir la posibilidad de disciplinar la materia no solo con el propio TRLGDCU sino también con las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación, entre las que se incluyen las sanitarias.

OCTAVA.- Además, el usuario de servicios sanitarios no sólo es un consumidor especial sino también un “*consumidor vulnerable*”, categoría que, tímidamente se va abriendo paso en el ámbito del Derecho comunitario y, muy especialmente, en las normas autonómicas de defensa del consumidor que suelen incorporar una referencia genérica a la necesidad de protección prioritaria de las situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión de determinados colectivos, entre ellos, los enfermos. La categoría aún no se encuentra suficientemente desarrollada en el ordenamiento jurídico ni en la doctrina científica pero debe emplearse como criterio hermenéutico que permita la concesión de un plus adicional a la protección que ya de por sí lleva implícita la cualidad de consumidor.

NOVENA.- La otra parte de la relación jurídica de consumo es el empresario o prestador de servicios sanitarios, sea público o privado, como sujeto frente al que se protege al consumidor. En relación con su naturaleza, la noción de empresario en el Derecho de Consumo, notablemente más amplia, difiere notablemente del concepto de

empresario en el ámbito del Derecho mercantil. En el ámbito del Derecho comunitario de Consumo, pese a la diversidad de denominaciones, la figura presenta como notas la indiferencia entre personas físicas o jurídicas y entre su naturaleza privada o pública, la posibilidad de actuación en nombre propio o por cuenta ajena y el ejercicio de actividad empresarial o profesional entendida de forma amplia. En análogo sentido, se pronuncia el DCFR existiendo una menor homogeneización de la definición en los ordenamientos europeos. No sucede así en el derecho de los países latinoamericanos que, en general, adoptan una definición propia de “proveedor”, cuya autonomía nominal se juzga adecuada a los efectos de potenciar su distinción del concepto de empresario mercantil. De otra parte, el concepto de empresario en el TRLGDCU ha sido modificado en 2014 para ajustarlo al de la Directiva 2011/83 con variaciones de escaso calado en relación con la redacción ordinaria. En todo caso, participan del concepto de empresario -a nuestros efectos, prestador de servicios sanitarios-, los profesionales liberales y también la propia Administración, con independencia de que intervenga frente a los particulares en régimen de Derecho público o de Derecho privado.

DÉCIMA.- En relación con la noción de prestador de servicios sanitarios, acuñamos el concepto integral que proporciona la Directiva 2011/24/UE que lo concibe como “toda persona física o jurídica que dispense legalmente *asistencia sanitaria* en el territorio de un Estado miembro”, identificando asistencia sanitaria con “los servicios relacionados con la salud prestados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios”. El prestador puede ser una persona física que

desarrolla directamente el servicio como profesional liberal a través del tradicional contrato de servicios médicos. Pero también puede ser una persona jurídica, de titularidad pública (Administraciones, fundaciones públicas sanitarias, fundaciones privadas en mano pública, sociedades mercantiles públicas y consorcios) o de titularidad privada. En este último supuesto caben diferentes formas de desarrollo del servicio sanitario, resultando preciso para que el prestador forme parte de la relación jurídica de consumo la existencia de vínculo contractual directo con el usuario. En este sentido, además de la posibilidad general de personificación a través de fórmulas societarias tradicionales, tanto personalistas como capitalistas, existen determinadas fórmulas de ejercicio colectivo que permiten una particular articulación subjetiva de la prestación de servicios asistenciales. Se trataría del caso de las sociedades de profesionales sanitarios y de las cooperativas sanitarias -como prestadoras-, sin perjuicio de las agrupaciones de interés económico -como herramienta consorcial auxiliar-. En todo caso, existe un deber de aseguramiento de la responsabilidad civil tanto para el prestador individual como para el prestador-persona jurídica.

UNDÉCIMA.- Las sociedades de profesionales sanitarios presentan indudables ventajas ante la creciente complejidad de las actividades asistenciales. En este sentido, la Ley de Sociedades Profesionales prevé reglas especiales en materia de responsabilidad de indudable aplicación al paciente perjudicado dado que, de las deudas sociales que se deriven de los actos profesionales propiamente dichos, responden solidariamente la sociedad y los profesionales, socios o no, que hayan actuado, siéndoles de aplicación las reglas generales sobre la responsabilidad contractual o extracontractual que correspondan. De esta forma, la posibilidad prevista por la LSP se configura como una garantía

para el consumidor dañado pues este régimen de solidaridad pasiva amplía el círculo de responsables y, con ello, de patrimonios a perseguir, todo ello, sin perjuicio, lógicamente, de la acción de repetición que tendrá aquel que paga la totalidad de la deuda respecto del resto de deudores por la parte que les corresponde.

DUODÉCIMA.- En relación con la prestación a través de cooperativas sanitarias, creciente fenómeno en España, cabe diferenciar fundamentalmente tres tipos atendiendo a la condición de sus socios: cooperativas constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la misma o por unos y otros. A las *cooperativas de prestadores* les serán de aplicación las normas de las cooperativas de trabajo asociado o las de las cooperativas de servicios, dependiendo de si tienen por finalidad proporcionar a sus socios puestos de trabajo o prestar servicios. Las *cooperativas de destinatarios de asistencia sanitaria* se rigen por las normas correspondientes a las cooperativas de consumidores y usuarios, una manifestación jurídico-positiva más de la consideración del paciente como consumidor. Cuando los socios cooperativistas sean tanto prestadores como destinatarios se aplicarán a la cooperativa sanitaria mixta las normas de las cooperativas integrales. Finalmente si estuvieran organizadas como empresas aseguradoras se ajustarán, además, a la normativa de las cooperativas de seguros. En cualquier caso, las cooperativas sanitarias no tendrían la condición de personas jurídicas-consumidoras dado que, aún con sus peculiaridades de disciplina y de régimen jurídico, tienen naturaleza societaria. Por ello, tendrán la condición de empresario a efectos del Derecho de Consumo, esto es, de sujeto frente al que se protege al consumidor, pudiéndose predicar únicamente la condición de consumidor de los propios socios cooperativistas.

DECIMOTERCERA.- Finalmente, las agrupaciones de interés económico tienen el carácter de figuras asociativas de especial aplicación para quienes ejerzan profesiones liberales como la medicina privada, creadas con el fin de facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios y que limitan su objeto exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen éstos.

DECIMOCUARTA.- La prestación de servicios sanitarios, exclusión hecha ahora de la relación de aseguramiento jurídico-público, tiene carácter contractual, debiendo ser desechada la vieja hipótesis acontractualista que surgió en la doctrina francesa decimonónica. En este sentido, tradicionalmente se han señalado tres títulos contractuales de acceso a la asistencia sanitaria: el contrato de servicios médicos, el contrato de clínica u hospitalización y el contrato de seguro de asistencia sanitaria. En el presente trabajo proponemos una sistematización distinta de los títulos contractuales de acceso con tres diferencias notables en relación con su explicación tradicional. En primer término, la explicación conjunta e integral de todas las formas contractuales que permiten el acceso a la prestación sanitaria. En segundo término, diferenciando lo que sería la prestación directa de la prestación indirecta a través del seguro de asistencia sanitaria. En tercer lugar, dentro de la prestación directa, entendemos que el contrato de clínica carece de notas de la relevancia suficiente para reconocerle autonomía negocial, especialmente si atendemos a que la causa del contrato, como elemento esencial del mismo, no es otra que el despliegue de medios necesarios para el diagnóstico y tratamiento del usuario, siendo obvio que dicho fin es común tanto al contrato de servicios médicos como al de clínica. En este sentido, proponemos reconducir dos contratos atípicos (servicios médicos

y servicios hospitalarios) a una única categoría contractual (servicios sanitarios) cuya prestación principal no sería otra que proporcionar los servicios precisos para intentar la recuperación de la salud de enfermo. De este modo, el contrato quedaría definido como aquél por el cual una de las partes, denominada prestador, asume una obligación, generalmente de medios y eventualmente de resultado, consistente en el diagnóstico, tratamiento o rehabilitación de la otra parte, denominada usuario, que se obliga a pagar un precio por ello. No obstante, el Tribunal Supremo viene atribuyendo al contrato de clínica caracterización propia.

DECIMOQUINTA.- En relación con el contrato de servicios médicos, su naturaleza ha sido objeto de histórica discusión doctrinal. Rechazamos la tesis del mandato por ser una figura que descansa en la confianza cuyo carácter naturalmente gratuito resulta incompatible con el moderno contrato de servicios médicos. Además el mandato tiene por objeto actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario, mientras que la prestación de servicios sanitarios se refiere a actos materiales que no pueden entenderse ejecutados bajo las instrucciones del usuario-mandante. También resulta refutable la tesis del arrendamiento de servicios, criterio tradicional de la doctrina española, ante la ausencia de una específica regulación de los servicios profesionales en el Código civil, por lo que no entendemos que una relación asistencial tenga carácter arrendaticio. Diferentes motivos nos llevan también a descartar otras hipótesis minoritarias como las del arrendamiento de obra, el contrato innominado, el contrato sui generis, el contrato multiforme o el contrato atípico mixto que no explican adecuadamente la naturaleza especial del contrato de servicios sanitarios.

DECIMOSEXTA.- Nuestra formulación en relación a la naturaleza jurídica del contrato es doble: se trataría de un contrato singular parcialmente atípico y de un contrato de consumo. En relación con la primera calificación, su atipicidad parcial viene determinada por dos notables circunstancias: se trata de un contrato que no se encuentra absolutamente huérfano de regulación dado que se halla fragmentariamente disciplinado en la normativa sanitaria sectorial (*atipicidad legislativa relativa*) y, por otra parte, se encuentra notablemente extendido en el tráfico jurídico (*tipicidad social*), jugando los códigos deontológicos en su consideración como códigos de conducta un papel decisivo que, en todo caso, no debe resultar entendido como fuente del Derecho. Esta atipicidad legislativa parcial del contrato debe resultar corregida y en este sentido de *lege ferenda* nuestra investigación apuesta por su configuración positiva dentro del molde general del contrato de servicios con regulación específica de sus singularidades. Este es precisamente el diseño del DCFR para el *medical treatment*, contrato que queda englobado en la más genérica categoría de los contratos de servicios. Un tratamiento análogo, si bien sin regulación específica o notas moduladoras, es el que se da en el Anteproyecto de Código Mercantil de 2014, texto prelegislativo que ha provocado un rico debate doctrinal en la medida en que acoge en su seno los denominados contratos de consumo. En este sentido, se han esgrimido tesis que defienden el contrato de servicios con consumidores y, por ello, el contrato de servicios sanitarios, como contrato civil, y posiciones opuestas que, por el contrario, lo califican como mercantil sobre una doble necesidad: a) la de emplear el título competencial exclusivo de legislación mercantil del artículo 149.1.6º CE frente al más modesto, por recortado, relativo a la legislación civil (artículo 149.1.8ª CE); y b) ensanchar el paradigma de la mercantilidad a nuevos operadores de

mercado. En este sentido, tras comprobar la existencia de diferentes soluciones en el Derecho comparado en relación con la sede sistemática en la que se insertan los contratos de consumo, sostenemos que lo realmente relevante en este caso no es tanto su ubicación sistemática como cuál haya de ser el régimen jurídico que les resultará de aplicación, siendo muy claro respecto de esta cuestión el Anteproyecto al postular la aplicación preferente de las normas de defensa del consumidor.

DECIMOSÉPTIMA.- Nuestra segunda calificación del contrato de servicios sanitarios nos lleva a afirmar que necesariamente se trata de un contrato de consumo de los previstos en el artículo 59.1 TRLGDCU según el cual “son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario”. De esta simple definición se infiere una consecuencia palmaria: la mera presencia del consumidor o usuario en una relación contractual convierte el negocio jurídico en contrato de consumo. La calificación propuesta nos permitiría lograr un efecto paradójico adicional, dado que, si el contrato cuyo objeto es la prestación de servicios sanitarios es un contrato de consumo, llegaríamos a la conclusión por vía remisiva de su deseable consideración como “contrato de servicios” en los términos del artículo 60.1.c) TRLGDCU. Esta cuestión aparentemente sencilla presenta complejidad dado que el TRLGDCU se aparta en este punto de la Directiva 2011/83, dado que esta última excluía la prestación de servicios sanitarios de su ámbito de aplicación con carácter general, mientras que la reforma operada por la Ley 3/2014 para su transposición sólo la excluye en relación con la disciplina sobre contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Aplicando la regla *exclusius unius, inclusius alterius*, ello supone la posibilidad de que el

usuario de servicios sanitarios disfrute de algunos de los nuevos derechos que la ley instaure.

Las consecuencias prácticas de la configuración del contrato de servicios sanitarios como contrato de consumo vienen determinadas por la aplicación del sistema de prelación normativa del artículo 59.2 TRLGDCU conforme al cual “los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos”. Consecuentemente, el primer lugar de la prelación normativa en relación con el contrato de servicios sanitarios lo ocupará la legislación sanitaria sectorial o especial (LAP y LOPS, sustancialmente) así como el propio TRLGDCU que, de este modo, opta por la técnica de la acumulación normativa consistente en la aplicación cumulativa de la norma especial y la norma general que antes proponíamos. En segundo término, el contrato de servicios sanitarios resultará disciplinado por el “derecho común de los contratos” como derecho supletorio, apelación que debe entenderse realizada al conjunto de reglas y principios comunes que constituyen la regulación de cabecera de la contratación privada. Se trataría por ello de las reglas de contratación del Libro IV del Código Civil cuya aplicación supletoria cabe invocar no sólo desde la regla de supletoriedad universal del artículo 4.3 del propio Código sino a partir de la remisión que efectúan los artículos 2 y 50 CCo, a las que habría que añadir *ex* artículos 1.4 CC y 1.258 CC los principios informadores del moderno Derecho de la contratación privada en el marco de la Constitución económica (artículos 38 y 128 CE). En este sentido, la circunstancia de que parte del Derecho común de los contratos se contenga en el *Código Civil*, no significa que el contrato de consumo sea de *Derecho Civil*, sino simplemente de un contrato de Derecho privado que, como consecuencia de la generalización del Derecho Mercantil,

tiene como fuente supletoria el Código Civil en tanto Derecho común. Una segunda consecuencia de la calificación del contrato como contrato de consumo será la extensión del “suelo” de mínimos tanto precontractuales (garantías para el usuario en materia de información, de pagos adicionales y publicidad) como contractuales, que incluye determinadas garantías materiales y documentales.

DECIMOCTAVA.- Junto al contrato de servicios médicos, la jurisprudencia reconoce la figura autónoma del contrato de clínica u hospitalización que, en todo caso, comprende servicios extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, aunque también puede abarcar los actos pura y estrictamente médicos. La doctrina se ha dividido a la hora de calificar el contrato configurándolo como contrato atípico de hospedaje, como contrato atípico mixto con prestaciones hospedaje y de arrendamiento de servicios, e incluso como contrato típico de arrendamiento de servicios. Entendemos que dichas tesis no explican el elemento causal del contrato por lo que, como ya hemos señalado, entendemos que la figura contractual puede ser subsumida en la más amplia categoría de contrato de servicios sanitarios, como prueba su ausencia de regulación específica en el DCFR que lo incluye dentro del *medical treatment*. Respecto del régimen de responsabilidad en este contrato debemos diferenciar dos supuestos en atención al alcance prestacional del contrato. En el caso de lo que denominamos “*contrato integral*” -que incluye prestaciones médicas y prestaciones extramédicas o paramédicas-, de los daños por incorrecta prestación del servicio extramédico o paramédico responderá directamente la empresa titular del centro hospitalario. En relación con los daños derivados de la ejecución del servicio médico, cuando exista dependencia funcional y económica de los facultativos con la clínica,

también ésta deberá responder directamente por la vía contractual del artículo 1.101 CC, sin perjuicio de la posible acción de regreso frente al facultativo responsable. Tratándose de “*contratos básicos*” que sólo comprendan prestaciones paramédicas o extramédicas, si el daño provocado al paciente resulta imputable a la actuación médica o quirúrgica, limitándose la clínica a permitir la utilización de sus instalaciones, sin participación alguna en aquélla, la responsabilidad será únicamente exigible al profesional actuante, quedando la clínica exonerada.

DECIMONOVENA.- La prestación de servicios sanitarios puede articularse de forma indirecta cuando entre prestador material y usuario medie la intervención de una compañía aseguradora. En este sentido, la fórmula de prestación indirecta presenta la ventaja de la previsión del gasto frente a los modelos de prestación directa en los que la remuneración se satisface por acto médico o proceso de hospitalización. Así las cosas, en el supuesto del seguro de asistencia sanitaria el asegurado tiene doblemente la condición de consumidor: en cuanto asegurado pero también en cuanto usuario del servicio sanitario. En este sentido, el contrato de seguro de asistencia sanitaria, de acuerdo con el criterio que señala el artículo 59.1 TRLGDCU, es un contrato de consumo, pese a que su reconocimiento formal como tal no ha llegado a plasmarse en la LCS. En efecto, el contrato de seguro, con carácter general, podrá ser de consumo o no, dependiendo de si el tomador contratante tiene la condición de empresario. No obstante, se da la paradoja de que, al asegurarse la salud del beneficiario, aun cuando el tomador tenga la condición de empresario al asegurado-beneficiario (necesariamente persona física) habrá de reconocérsele la condición de consumidor material, aun cuando no se cumpla en este caso *stricto sensu*,

la definición del artículo 59.1 TRLGDCU que nos habla de contratos con consumidores y usuarios como “los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario”. La interpretación extensiva de la aplicación de los derechos del consumidor al ámbito del contrato de seguro, abarcando no sólo a la figura del tomador sino también a las de asegurado, beneficiario e incluso perjudicado, deriva especialmente de la posibilidad recogida en el artículo 97.2 de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, que permite que las divergencias que puedan surgir entre tomadores de seguro, asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados o derechohabientes de cualesquiera de ellos con entidades aseguradoras puedan someterse voluntariamente al arbitraje de consumo. De otra parte, su calificación como contrato de consumo de servicios ha quedado definitivamente resuelta tras su concreta tipificación en el nuevo artículo 59.bis.g) TRLGDCU que define el "servicio financiero" como todo servicio en el ámbito bancario, de crédito, de seguros, de pensión privada, de inversión o de pago. En el caso de suscitarse conflicto normativo debe prevalecer el TRLGDCU no sólo por el criterio cronológico sino también por aplicación del principio constitucional pro consumidor del artículo 51 CE.

VIGÉSIMA. Para dilucidar la naturaleza del seguro de asistencia sanitaria y su eventual distinción del seguro de enfermedad, no podemos acudir al DCFR que excluyó el contrato de seguro de la regulación del contrato de servicios, ni al Derecho comparado, donde las soluciones a los denominados seguros de salud son heterogéneas. En el Derecho positivo español la regulación resulta realmente escueta, regulándose conjuntamente con el seguro de enfermedad, lo que ha provocado la crítica de la doctrina mayoritaria en la medida en que, pese a esta regulación

unitaria, ambas figuras son muy diferentes, gozando cada uno de ellas de autonomía propia. De este modo, les uniría la cobertura de la salud pero les separaría la prestación e intensidad de la misma. En el seguro de enfermedad, la prestación sería estrictamente indemnizatoria, mientras que en el seguro de asistencia sanitaria sería asistencial, poniendo los medios necesarios al alcance del enfermo, aunque sea sin asegurar ningún resultado. No obstante, desde la perspectiva de los efectos jurídico-privados de cada tipo, no así los administrativos, el debate debe relativizarse dado que carece prácticamente de consecuencias prácticas desde el momento en el que, para ambas modalidades, el artículo 106 LCS remite a la normativa del seguro de accidentes. En los *seguros de libre elección o reembolso* -aquellos en los que el asegurado elige libremente al prestador de la asistencia sanitaria, sin hallarse sujeto a lista de facultativos alguna- no existe responsabilidad del asegurador por los eventuales daños derivados de la asistencia sanitaria. Más problemática se presenta la cuestión en los *seguros de prestación de servicios médico-quirúrgicos*, en los que el asegurador pone a disposición del asegurado la asistencia sanitaria a través de un cuadro o lista de facultativos, elaborado por aquél y que le es objeto de entrega a éste en el momento de formalizarse el contrato, sin perjuicio de su actualización periódica. Para estos últimos, la jurisprudencia ha sentado la responsabilidad de la aseguradora por la aplicación alternativa o combinada de cinco criterios de imputación: a) la dependencia de los facultativos frente a la aseguradora -responsabilidad por hecho ajeno-; b) la naturaleza contractual de la prestación -responsabilidad contractual-; c) la apariencia -responsabilidad por garantía-; d) la intervención en la elección del facultativo -responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in operando*-; y e) la existencia de una relación jurídica de consumo -responsabilidad por aplicación de la normativa de defensa de los consumidores-. Estos

criterios, a veces inspirados en un principio de justicia material, se completan con la creación jurisprudencial de la figura de la solidaridad impropia, de modo que el pago del asegurador por el total de la indemnización al paciente, en su condición de responsable solidario frente al mismo, no impide que en el ejercicio de la acción de regreso posterior, pueda distribuirse la cuantía de forma mancomunada. En todo caso, resulta relevante que, más allá del criterio de imputación aplicado en cada caso, se pone de relieve que la posición de la compañía aseguradora no es la de mero intermediario entre facultativo y usuario asegurado.

VIGÉSIMO PRIMERA.- El asegurado tiene libertad de opción entre la cobertura legal que proporciona la Seguridad Social y la contractual concertada a través del contrato de seguro, pudiendo optar por uno u otra. Cuestión diferente es la de la asunción del coste de la asistencia pública cuando exista un seguro privado voluntario, pudiendo concluirse que, como consecuencia de la regulación de la materia por normas de Derecho público, la compañía tiene la condición de tercero obligado al pago, resultando posible la repercusión del coste de la asistencia por la vía de la exacción del precio público correspondiente. Los principales problemas para el asegurado desde su perspectiva como consumidor tienen que ver con la cobertura asegurada. Así, se presentan problemas importantes en relación con determinadas cláusulas que, más que delimitadoras del riesgo cubierto, son limitativas de los derechos del asegurado. Entendemos, respecto de estas últimas, que, en todo caso, operará el régimen de cláusulas abusivas del TRLGDSCU que se tendrán por no puestas de acuerdo con la regla *vitiatur sed non vitiat*. Se presentan cuestiones vidriosas como las relativas a la cobertura de la asistencia sanitaria de carácter urgente en la que resultaría de aplicación la

normativa del seguro de accidentes que prohíbe su exclusión contractual. Frente a la opinión de algún sector doctrinal, sostenemos que dentro de dicho concepto jurídico indeterminado procede incluir todos los gastos provocados por dicha atención urgente, tanto médicos como extramédicos sin que quepa disociación entre unos y otros, siempre en atención a su carácter integral al servicio de la misma finalidad. Resulta igualmente problemática en la práctica la cobertura en caso de enfermedades preexistentes cuya exclusión puede considerarse cláusula delimitadora del riesgo cubierto. En este sentido, resulta aplicable el deber de declaración previa del riesgo que contempla el artículo 10 LCS, del que el tomador queda exonerado si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él. En todo caso, la jurisprudencia viene apreciando restrictivamente el dolo o culpa grave del asegurado como supuesto de liberación del asegurador. En relación con las *limitaciones temporales* de la cobertura, la previsión de períodos de carencia se ha considerado por la denominada jurisprudencia menor como cláusula limitativa de los derechos del asegurado, debiendo subordinarse su eficacia a la aceptación del asegurado de forma expresa a través de la doble firma. En relación con la denuncia unilateral del contrato por la aseguradora en el caso de enfermos crónicos y para personas de edad avanzada que ven reducidas sus posibilidades de aseguramiento ante la progresiva merma de su salud, la jurisprudencia menor ha efectuado interpretaciones restrictivas, tanto desde el punto de vista formal, en la línea de considerar la denuncia una declaración recepticia que ha de ponerse en conocimiento del asegurado, como desde el punto de vista material, considerándola, según las circunstancias del caso, contrarias a la buena fe contractual. Proponemos de *lege ferenda* una modificación legislativa para su prohibición

extendiendo la excepción que ya rige para el seguro de vida. Asimismo, la jurisprudencia se ha ido manifestando casuísticamente sobre determinadas *limitaciones objetivas* que recaen sobre el ámbito cubierto por el seguro de asistencia sanitaria, entendiendo que en determinados supuestos deben entenderse como cláusulas limitativas y no delimitadoras, en cuyo caso no basta con el cumplimiento del requisito formal de aceptación por el asegurado-consumidor en los términos del artículo 3 LCS, sino que se encontrarían incursas en abusividad *ex* artículo 86.1 TRLGDCU cuando incidan en el núcleo esencial del concepto de asistencia sanitaria, so pena de desnaturalización.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- Si bien la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva del TRLGDCU resulta doctrinal y jurisprudencialmente indiscutida para los productos sanitarios, en el ámbito de los servicios *stricto sensu*, la orientación ha resultado muy distinta, toda vez que tal sistema implicaba la ruptura de la ancestral configuración de la prestación médico-sanitaria como obligación de medios o de mera actividad. Ello ha obligado a aplicar de forma restrictiva el texto legal, hasta el punto de que podemos afirmar que la responsabilidad médico-sanitaria constituye en realidad una construcción jurisprudencial en constante evolución. A esta circunstancia de relativa inestabilidad ha coadyuvado además el hecho de que, al ser frecuente la demanda conjunta a la Administración y a la aseguradora de su responsabilidad civil, hasta hace pocos años era la jurisdicción civil la competente para conocer de la responsabilidad del prestador público, frente a la realidad actual en que dicho conocimiento se atribuye al orden contencioso-administrativo, con el consiguiente riesgo de disparidad de criterios en función de la naturaleza pública o privada del prestador sanitario.

VIGÉSIMO TERCERA. La responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios tiene carácter subjetivo, de modo que para su exigencia debe intervenir un cierto nivel de culpa o negligencia en la conducta del prestador del servicio. La exigencia de culpa es directa consecuencia de la configuración de la medicina curativa como obligación de medios, actividad o diligencia. Como parámetro de la diligencia del profesional, la denominada *lex artis ad hoc* engloba las reglas de actuación profesional del médico, esto es, las normas que constituyen la buena práctica clínica y la ortodoxia profesional en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, resultando los protocolos un factor orientativo sobre el cumplimiento de éstas.

VIGÉSIMO CUARTA.- De acuerdo con las reglas generales de distribución de la carga probatoria, corresponde al reclamante probar la existencia del daño, si bien la jurisprudencia ha flexibilizado el rigor de esta regla en determinados supuestos, aplicando en beneficio del usuario perjudicado diferentes criterios moduladores. Dichos elementos moduladores son los denominados criterios del daño desproporcionado, de la disponibilidad y facilidad probatoria, de la probabilidad cualificada y de la pérdida de oportunidad para los casos de probabilidad no cualificada. Este último resulta polémico doctrinalmente pues puede ser empleado para rebajar indemnizaciones que, en rigor, debieran ser totales por haber suficientes elementos de juicio para tener por demostrado el nexo causal pero también como elemento justificador de indemnizaciones improcedentes. Como manifestación de la pérdida de oportunidad se reconocen en nuestro país las acciones *wrongful birth* que, en realidad, constituyen un supuesto de pérdida de oportunidad impropia dado que la conducta médica, activa o pasiva, no genera un daño evitable

sino que implica la privación del derecho a decidir, en la medida en que la lesión derivada de la conducta no se proyecta sobre el estado de salud del afectado, sino sobre su esfera moral.

VIGÉSIMO QUINTA.- Siguiendo el esquema del DCFR la jurisprudencia española ha modificado la configuración de la medicina satisfactiva que, de resultar inicialmente una obligación de resultado, actualmente es contemplada como obligación de medios cualificada o acentuada de forma que se intensifica el deber de información pero se objetiviza el resultado, salvo cuando se pacte o garantice. En ese sentido, esta línea jurisprudencial es coherente con la solución académica ofrecida por el DCFR.

VIGÉSIMO SEXTA.- La jurisprudencia, si bien de modo oscilante, ha entendido aplicable a los servicios sanitarios de forma restrictiva el actual artículo 148 TRLGDCU que establece un régimen especial de responsabilidad objetiva. Tras una primera etapa en la que ignoró el precepto y una segunda en la que justificó su inaplicación, a partir de 1997 comenzará su empleo por los tribunales de justicia. Actualmente su aplicación se excluye de los actos médicos que siguen sujetos al régimen de responsabilidad culposa y el precepto queda reservado a los aspectos funcionales del servicio, donde se incluyen, entre otros extremos las infecciones nosocomiales, si bien este último se trata de un criterio exclusivamente sostenido por la jurisdicción civil y no por la contenciosa. Ello provoca diferentes soluciones en atención de la naturaleza privada o pública del prestador que, *de lege ferenda*, convendría unificar.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- En una primera línea jurisprudencial, se entendió que la mera falta de consentimiento informado generaba obligación de indemnizar aunque la asistencia sanitaria fuera necesaria, se hubiera realizado correctamente y no se hubiese causado daño alguno al paciente. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido atenuando tal criterio y mayoritariamente viene exigiendo que, para que la falta de consentimiento informado dé lugar a indemnización, es necesario que concurra, además, un daño derivado del acto médico.

VIGÉSIMO OCTAVA.- En el ámbito de la responsabilidad por daños causados por medicamentos o productos defectuosos nos encontramos, desde la perspectiva de los sujetos responsables, con un concepto amplio de productor responsable en el que quedan incluidos tanto los distribuidores que no tengan la diligencia suficiente para identificar al sujeto que les hubiera suministrado el producto causante del daño como aquellos que suministren los diversos componentes del mismo que responderán solidariamente. Pueden producirse además en este ámbito, supuestos de concurrencia de responsabilidades entre el fabricante del producto y la Administración sanitaria que lo utiliza, no resultando infrecuente que los perjudicados en estos casos omitan la exigencia de responsabilidad dirigida al fabricante y se limiten a dirigir su acción frente a la Administración o el profesional que lo asistió prescribiendo el concreto medicamento o empleando el concreto producto. Por lo que se refiere a los criterios que permitan determinar cuándo nos encontramos ante un medicamento o ante un producto sanitario defectuoso, y aunque se trata de conceptos que no son equiparables, jurisprudencialmente se ha puesto de manifiesto que el elemento determinante en ambos casos es la ausencia de seguridad, aplicando el criterio general establecido en el artículo 137.1 TRLGDCU.

En todo caso, esa ausencia de seguridad que, en última instancia será la que determine la calificación de un medicamento o producto como defectuoso, puede venir provocada tanto por una deficiencia interna del producto, en el caso de defectos de fabricación o de diseño, como por una deficiencia externa, en el caso de los defectos de información.

VIGÉSIMO NOVENA.- La responsabilidad en este ámbito se sustenta sobre un principio de responsabilidad objetiva ajeno a la concurrencia de culpa por aplicación de lo previsto en el artículo 139 TRLGDCU y en el que resulta esencial acreditar la relación de causalidad entre el daño causado y la actuación del fabricante. Especial relevancia tiene en este ámbito, como causa de exoneración, el criterio de los riesgos del desarrollo conforme al cual no serán indemnizables los daños que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción y que se recogen tanto el TRLGDCU como la legislación administrativa en el específico marco de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. La invocación de este principio ha sido frecuente en supuestos de contagio en centros sanitarios provocados por la utilización de plasma sanguíneo. Y, aunque inicialmente pueden apreciarse diversas vacilaciones en su acogimiento tanto en el ámbito de la jurisdicción civil como contencioso-administrativa, puede observarse que, al tiempo que se ha producido la unificación jurisdiccional en materia de responsabilidad de las Administraciones públicas en sede contencioso-administrativa, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2000, se ha configurado en esta jurisdicción una línea jurisprudencial consolidada que tiene a exonerar de responsabilidad a la Administración.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA

- ABRUTZKY, Rosana; BRAMUGLIA, Cristina; y Cristina Godio, Los Sistemas de salud en los países del Mercosur, *Margen: Revista de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, n° 54, 2009, pp. 1-9.
- ACEDO PENCO, Ángel, “La noción de consumidor y su tratamiento en el Derecho Comunitario, Estatal y Autonómico. Breve referencia al concepto de consumidor en el Derecho extremeño”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n° 18, 2000, pp. 297-340.
- ACOSTA RAMÍREZ, Vicente, *De la responsabilidad civil médica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1990.
- AGUDO RUIZ, Alfonso, “Los privilegios de los médicos en el Derecho Romano”, *Ius Fugit- Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, n° 8-9, Zaragoza, 1999-2000, pp. 205-272.
- ALBI NUEVO, Julio, “La carga de la prueba en los procedimientos de Responsabilidad sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 8, 2013, pp. 259-273.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, “Las agrupaciones societarias y no societarias de profesionales liberales”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor doctor J.L. Lacruz Berdejo*, tomo I, Bosch, 1992, pp. 11-37.
- ALCALDE SILVA, Jaime “Comentario sobre la “Propuesta de Anteproyecto de ley de modificación del ‘Código de Comercio’ español en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2011, pp. 39-92.
- ALCÁNTARA MORENO, Gustavo, “La definición de salud de la Organización Mundial de la Salud y la interdisciplinariedad”, *Revista Universitaria de Investigación*, Año 9, n° 1, 2008, pp. 93-107.
- ALEMÁN MONTERREAL, Ana, *El arrendamiento de servicios en Derecho Romano*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería, Almería, 1996.
- ALEXANDER, Duane; DOMMEL, F. William “The convention on human rights and biomedicine of the Council of Europe”, *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 1997, vol. 7, no 3, pp. 259-276.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, “El Anteproyecto de Código Mercantil (I)”, *Derecho Mercantil* (blog), 5 de junio 2014.

- ALFARO AGUILA-REAL, Jesús, “Protección de los Consumidores y Derecho de los Contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, nº1, 1994, pp. 305-323.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, Coimbra, 2005.
- ALONSO OLEA, Manuel, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1999.
- ALONSO PÉREZ, María Teresa *Los contratos de servicios de abogados, médicos y arquitectos*, Bosch, Barcelona, 1997.
- ALONSO SOTO, Francisco, *La Alternativa del cooperativismo sanitario*, Gabinete de Estudios y Promoción del Cooperativismo Sanitario, DL, Madrid, 1986.
- ALONSO SOTO, Ricardo, “Tipología del seguro”, en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.), *Curso de Derecho Mercantil*, en URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1999, pp. 607-650.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, Belén, “Sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones sanitarias. ¿Sanidad o Sanidad y Seguridad Social?”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 161, pp. 113-141.
- ALPA, Guido, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- ALPA, Guido, *Introduzione al Diritto dei Consumatori*, Editori Laterza, Roma, 2006.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, “Acción de repetición de aseguradora sanitaria contra los facultativos de su cuadro médico, por el importe íntegro de la indemnización satisfecha a la víctima, por mala praxis médica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2015 (RJ 2015, 836)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 5, 2015, Westlaw BIB 2015\2280, pp. 1-10.
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia y ARRIZO AGUADO, David, “¿Quién es quién? El abogado es el profesional y el cliente es el consumidor. Calificación de dicha relación en el contrato de prestación de servicios jurídicos conforme a la STJUE de 15 enero 2015. -Asunto C 537/13- (SIBA)”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº6, 2015. Westlaw BIB 2015\1836.
- ALVAREZ RUBIO, Julio, *Profesiones y nobleza en la España del Antiguo Régimen*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1999.

- ALVAREZ VAZQUEZ, Jorge, *Revista de Humanidades Médicas*, Ciudad de Camaguey, v. 8, n. 1, abr. 2008, pp. 1-2.
- AMARILLA, Manuel., “Eskazine y la información terapéutica”, *Actualidad del Derecho Sanitario* nº 99, 2003, (pp 809-812).
- AMIRANTE, Luigi, “Ricerche in tema di locazione”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, nº 62, 1959, pp. 9-119.
- ANDERSON, Joan M., “Empowering patients: issues and strategies”, *Social Science & Medicine*, Vol. 43 (5), pp. 697-705.
- ANDORNO, Roberto, “The Oviedo Convention: A European Legal Framework at the Intersection of Human Rights and Health Law”, *Journal of International Biotechnology Law*, Vol. 2, 2005, pp. 133-143.
- ANDRÉ, Jean-Marie, *La Médecine à Rome*, Tallandier, París, 2006.
- ANNAS, George J. y GRODIN Michael A., “The Nuremberg Code” en EMANUEL, Ezekiel J., GRADY, Christine, CROUCH, Robert A., LIE, Reidar K., MILLER, Franklin G. y WENDLER, David (Ed.) *The Oxford textbook of clinical research ethics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 136-140.
- ANNAS, George, *Some Choice: Law, Medicine, and the Market*, Oxford University Press, New York, 1998.
- ANTEQUERA VINAGRE, José María, “Las sentencias sobre servicios sanitarios recibidos en países distintos a los de residencia: la libre circulación de pacientes en la Unión Europea. Revisión e implicaciones”. *Revista de Administración Sanitaria*, nº 7 (4), 2009, pp. 603-610.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituzioni di Diritto Romano*, 14ª edición, Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1960.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa, *Responsabilidad Civil: Nexo Causal e Imputación Objetiva en la Jurisprudencia. (Con especial referencia a la responsabilidad por omisión)*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia, “La noció de consumidor i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisé del Codi Civil de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, nº 9, 2008, pp. 9-46.
- ARQUILLO COLET, Belén, “Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, nº 1, 2004, pp. 1-30.

- ASCARELLI, Tulio, *Iniciación al estudio del Derecho mercantil*, Trad. Evelio Verdera, Bosch, Barcelona, 1964.
- ASENSI PALLARÉS, Eduardo, “La evolución de la doctrina de la pérdida de oportunidad en responsabilidad médica”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 228-239.
- ASHCROFT, Richard E., “The Declaration of Helsinki” en EMANUEL, Ezekiel J., GRADY, Christine, CROUCH, Robert A., LIE, Reidar K., MILLER, Franklin G. y WENDLER, David (Ed.) *The Oxford textbook of clinical research ethics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 141-148.
- ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp.147-161.
- ASUA GONZÁLEZ, Clara I., “Responsabilidad civil médica” en REGLERO CAMPOS, Luis y BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 331-430.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- AUBERT DE VNCELLES, Carole y SOUPHANOR-BROULLAND, Natacha, “Una refonte du Code de la consommation s’impose”, nº 27, 1 de julio de 2013, pp. 1316-1317.
- AUBRY, Charles y RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, Tomo 5, 5ª ed., Marchal et Villard, París, 1907.
- BAGGOTT, Rob y FORSTER Rudolf, “Health consumer groups and patients’ organisations in Europe: towards a comparative analysis”, *Health Expectations*. nº 11, pp. 89–94.
- BANDRÉS, Fernando et al., *Consentimiento informado*, Comité de Bioética y Derecho Sanitario de ASISA-LAVINIA, Madrid, 2010.
- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 3ª ed., París, 1907.
- BEAUCHAMP, Tom L. “The Belmont Report” en EMANUEL, Ezekiel J., GRADY, Christine, CROUCH, Robert A., LIE, Reidar K., MILLER, Franklin G. y WENDLER, David (Ed.) *The Oxford textbook of clinical research ethics*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 149-155.

- BELDA MERCADO, Javier, “Reconocimiento jurídico de los contratos innominados”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº12, 2008, pp. 69-86.
- BELLO JANEIRO, Domingo, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 2007”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 77, 2008, nº 2051, pp. 831-851.
- BELOW, Karl-Heinz Otto, *Der Arzt im römischen Recht*, Beck, München, 1953.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “¿Sistema Nacional de Salud o Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social?”, *Derecho y Salud*, Vol. 15, Extraordinario Foro SESPAS-AJS, 2007, pp. 27-37.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, 2003, pp.123-139.
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: Cuestiones en torno a la igualdad”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, pp. 15-28.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y ORDUÑA MORENO, Javier (Dir.), *Curso de Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- BELTRAN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho Privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, *La unificación del Derecho privado*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1995.
- BELUCHE RINCÓN, Iris, “El contrato de servicios. El derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. II, nº 2, 2015, pp. 69-126.
- BENITO OSMA, Félix, “Comentario a los artículos 102 a 103”, *Revista Española de Seguros*, nº 143-144, 2010 (Ejemplar dedicado a: Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de Junio de 2010), pp. 941-958.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Alberto, “Comentario al artículo 1” en Rodrigo BERCÓVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo y SALAS HERNÁNDEZ, Javier (Coord.) “*Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*”, Civitas, Madrid, 1992, pp. 5-45.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *Estudios sobre consumo*, nº 3, 1984, pp. 14-35.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, “El concepto de consumidor”, en AZPARREN LUCAS, Agustín (Dir.) *Hacia un Código del Consumidor* (Dir.), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp.17-38.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 3” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 86-99.
- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario al artículo 4. Concepto de empresario” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 99-104.
- BERDAGUER MOSCA, Jaime, “El estándar del consumidor medio en la publicidad engañosa”, *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, nº. 1, 2013, pp. 19-30.
- BERLINGER, Norman, “Patient trust. Trust remains fundamental to the ethical practice of medicine even in the age of the patient as consumer, *Minnesota Medicine* nº87(6), pp. 32-34.
- BERNARDEAU, Ludovic, “La notion de consommateur en droit communautaire”, *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, núm. 4, 2001, pp. 341-362.
- BEVERIDGE, William Henry, *Informe de Lord Beveridge. VI. Seguro Social y Servicios Afines*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, Lourdes, “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado: ¿tiene relevancia jurídica su distinción?” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, nº 2, 2014, pp. 50-74
- BLÁS ORBÁN, Carmen, *Responsabilidad profesional del médico: enfoque para el siglo XXI*, Bosch, Barcelona, 2003.

- BONET RAMÓN, Francisco, "Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales: Contrato de arrendamiento de servicios: Elementos esenciales. Modos de fijar la remuneración. Cuándo es exigible su pago", *Revista de Derecho Privado*, 1941, pp. 160-165.
- BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho romano*, (Traducción de la 8ª edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa), Reus, Madrid 1979.
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve (Dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, Bosch, 2009.
- BOTANA AGRA, María José, "La responsabilidad patrimonial en el contexto de las sociedades profesionales", en TRIGO GARCÍA, María Belén y FRAMINÁN SANTAS, Javier (Coord.), *Estudios sobre sociedades profesionales: la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 205-224.
- BOTANA GARCÍA Gemma A., "Noción de consumidor en el Derecho comparado", *Estudios de Consumo*, nº 18, Julio 1990, pp. 54-70.
- BOTANA GARCÍA, Gema, "Comentarios a los artículos 59, 62 y 63" en REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 1036-1105.
- BOTANA GARCÍA, Gemma A., "Noción del consumidor" en BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel (Dir.), *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, McGraw Hill, Madrid, 1999, pp. 27-42.
- BOTANA GARCÍA, Gemma A., "Comentario del artículo 2" en LLAMAS POMBO, Eugenio (Coord.) *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley, veinte años después*, La Ley, Madrid, 2005, pp.109- 140.
- BOURGOIGNIE, Thierry, "Droit et Politique Communautaires de la Consommation-Une Évaluation des Acquis", en VV.AA., *Études de Droit de la Consommation-Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, pp. 95-129.
- BOZZONI, Roberto, *I Medici ed il Diritto Romano*, Napoli, 1904.
- BRACK, Antoni, *Kempunten van het Consumentenrecht*, 2ª ed., Tjeenk Willink, Alphen a/d Rijn, 1980.

- BRICEÑO-LEÓN, Roberto. “Bienestar, salud pública y cambio social” en BRICEÑO-LEÓN, Roberto, DE SOUZA, María Celia; y COIMBRA, Carlos (Coords.), *Salud y equidad: una mirada desde las ciencias sociales*, Fiocruz, Río de Janeiro, pp. 15-24.
- BROSETA PONT, Manuel y MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *Manual de Derecho Mercantil*, Volumen II, 15ª ed., Tecnos, 2008.
- BROWN, Peter, *El cuerpo y la sociedad. Los cristianos y la renuncia sexual*, trad. Antonio Juan Desmonsts, Muchnik Editores, Barcelona, 1993.
- BUCHMUELLER, Thomas, “Consumer-Oriented Health Care Reform Strategies: A Review of the Evidence, *Milbank Quarterly*, nº 87 (4), 2009, pp. 820-841.
- BUCKLAND, William Warwick, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, New York, 2010.
- BUERES, Alberto, *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
- BULLOUGH, Vern L. *The Development of Medicine as a Profession: The Contribution of the Medieval University to Modern Medicine*, S. Karger AG, Basel, 1966.
- BUSC, Christoph, “Implementation of the Consumer Rights Directive Germany”, *Journal of European Consumer and Market Law*, nº 2, 2014, pp. 119-122.
- BUSTO LAGO José Ramón, “Ejercicio de la acción directa frente a la entidad aseguradora de la administración pública”, *Aranzadi Civil*, nº 2, 2005, Westlaw, BIB 2005/1602.
- BUSTO LAGO, José Manuel, ÁLVAREZ LATA, Natalia y PEÑA LÓPEZ, Fernando, *Reclamaciones de Consumo*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 3ª edición, 2010.
- BUSTO LAGO, José Ramón, “Comentario al artículo 19” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 251-274.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Ernesto, *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Mapfre, Madrid, 1997.
- CABEDO ARCE, Bibian, “Infecciones hospitalarias. Derecho del paciente a la seguridad: obligación de resultado; hacia la

- objetivación de la responsabilidad en el derecho comparado”, *Derecho y Salud*, Volumen 25, número 1, 2015, pp.133-158.
- CALAIS-AULOY, Jean, “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 93, n° 2, 1994, pp. 239-254.
- CALAIS-AULOY, Jean, “L’influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, v. 93, n° 2, 1994, pp. 239-254.
- CALAIS-AULOY, Jean, y STEINMETZ, Frank, *Droit de la Consommation*, 6ª Ed., Dalloz, Paris, 2003.
- CALOIS AULOY, Jean, *Droit de la consommation*, 1ª ed., Précis-Dalloz, Paris, 1980.
- CALVO SORIANO, Guillermo, “La medicina en el antiguo Egipto”, *Paediatrica*, Volumen 5, n°1, 2003, pp. 44-50.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “Comentario al artículo 3” en CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dir.), *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Madrid, Colex, 2011.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, n° 1, pp. 84-117.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, “La codificación del Derecho de Consumo: ¿refundación o refundición? (Modelos y enseñanzas desde el Derecho comparado)”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, n° 1, 2015, pp. 105-151.
- CAMPBELL, Alastair V., “The patient as consumer”, *British Journal of General Practice*, n° 40, 1990, pp. 131-132.
- CAMPBELL, Brian, *The Romans and their world: a short introduction*, New Haven, Yale University Press, 2011.
- CAMPINS VARGAS, Aurora, “El Anteproyecto de la Ley de Sociedades Profesionales: un paso adelante en su reconocimiento y regulación”, *La Ley*, D-254, pp.1035-1040.
- CAMPINS VARGAS, Aurora, “Racionalidad económica de las sociedades profesionales”, *InDret*, n°1, 2001, pp 1-12.

- CAMPOS DIEZ, María Soledad, *El Real Tribunal del Protomedicato castellano (siglos XIV – XIX)*, Ediciones Universidad Castilla la Mancha, 1999.
- CAÑIZARES LASO, Ana, GARCÍA RUBIO, María Paz, GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, INFANTE RUÍZ, Francisco J., MARTÍN CASALS, Miquel, OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, SOLÉ I RESINA, Judith y TORRES GARCÍA, Teodora, “Alegaciones a la propuesta de Código Mercantil hechas por el Grupo Actualiza”, *Anuario de Derecho Civil*, nº 67, 1, 2014, pp. 219-225.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando, *La responsabilidad civil del asegurador de asistencia sanitaria*, Fundación Mapfre, Madrid, 2012.
- CÁRCAR BENITO, Jesús Esteban, “Telemedicina y el contrato electrónico para los servicios de los profesionales sanitarios”, *Derecho y Salud*, Vol. 24 Extraordinario, pp. 240-253.
- CARDOZO, Benjamin, “What medicine can do for law”, *Bulletin of the New York Academy of Medicine*, nº 7, 1929, pp. 581-607.
- CARPIO GONZÁLEZ, Francisco, “El contrato de servicios hospitalarios y la responsabilidad civil médico-sanitaria derivada del mismo”, en VV.AA. *Escritos jurídicos en memoria de Francisco Carpio Mateos*, Vol. 1, 2009, pp. 129-168.
- CARRASCO PERERA, Ángel, *El Derecho de Consumo en España: presente y futuro*, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 2002.
- CARREÑO CASTILLA, Francisco, “La intercooperación en la asistencia sanitaria... el largo camino hacia el cooperativismo sanitario integral”, *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, nº 62, 1996, pp. 157-162.
- CASTAÑOS CASTRO, Paula, “Naturaleza jurídica del contrato de hospedaje”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6, 2014, Westlaw BIB 2014\3286.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº1, 2008, Westlaw BIB 2008\24, pp. 1-26.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, “El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores

- y Usuarios y otras leyes complementarias”, *Aranzadi Civil*, nº 1, 2008, pp. 2133-2166.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, "Configuración normativa y técnicas de tutela del consumidor en la Unión Europea" en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, Comares, Granada, 2014, pp. 51-94.
- CAYÓN DE LAS CUEVAS, Joaquín, “Regulación y autoregulación en el comercio electrónico: especial consideración de los códigos de conducta como instrumento de Soft Law” en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *La protección jurídica de los consumidores como motor de desarrollo económico*, Thomson Reuters Civitas 2011, pp. 548-575.
- CERVERA SOTO, Santiago, “La sanidad en un siglo de la historia de España (1898-1998). Cien años después”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 22, nº 2, 1999, pp. 141-154.
- CHABAS, François, “Cent ans de responsabilité civile”, *Gazette du Palais*, nº 236-237, 2000, p. 21.
- CONDE PARRADO, Pedro y MARTIN FERREIRA, Ana Isabel, "Estudios sobre Cornelio Celso. Problemas metodológicos y estado de la cuestión", *Tempus*, nº 20, 1998, pp. 5-80.
- CONDE PARRADO, Pedro, *Hipócrates Latino. El “De Medicina” de Celso en el Renacimiento*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 2003.
- COPPOLA, Giovanni, “Note sui termini merces e honorarium”. *Accademia Peloritana dei Pericolanti, Classe di Lettere, Filosofia e Belle Arti* nº 66. 1990, pp. 285-320.
- CORDERO LOBATO, Encarna, “¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?” *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, pp.108-115.
- CRESPO MORA, M^a Carmen, “Ejercicio e imputación profesional” en GARCÍA PÉREZ Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, 2^a ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 235-247.
- CRESPO MORA, M^a Carmen, “Extensión del régimen de responsabilidad” en GARCÍA PÉREZ Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, 2^a ed.,

- Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 823-846.
- CRESPO MORA, M^a Carmen, “La responsabilidad civil de la sociedad profesional y de sus profesionales”, *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 28, 2012, pp. 213-240.
- CRESPO MORA, M^a Carmen, “Las obligaciones de medios y de resultado de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret*, nº 2, 2013, pp. 1-45.
- CRESPO MORA, M^a Carmen, “Responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales” en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen y GARCÍA PÉREZ, Rosa, *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales Régimen Fiscal y Corporativo*, Aranzadi, 2013, pp. 509-563.
- DARNACULLETA GARDELLA, María Mercé, *Derecho Administrativo y Autorregulación: la Autorregulación regulada*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2003.
- DE ALBA BASTARRECHEA, Esther, “Responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario” en *Compilación de criterios doctrinales*. Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Madrid, 2014, pp.116-161.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Civitas, Madrid, 1999.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?”, en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.), *La Responsabilidad Civil y su problemática actual*, Dykinson, Madrid, 2008, pp.131-180.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “¿Responde el asegurador de asistencia sanitaria por la culpa de los médicos incluidos en sus listas?”, *Revista Española de Seguros*, nº 129-130, 2007, pp. 7-50.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Ante la cuarta sentencia de la sala Primera en materia de wrongful birth: ¿es posible hablar ya de una jurisprudencia?”, *Revista Derecho y Genoma Humano*, nº 22, 2005, pp. 179-206.
- DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, “El complejo régimen de responsabilidades por asistencia sanitaria”, en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, (Dir), *Los avances del Derecho ante la Medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 185-211.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, “Una obra jurídica monumental de nuestros días: El Marco Común de Referencia. Breve descripción y modesta valoración”, *Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, nº 26, 2014, pp. 7-61.
- DE ANGULO RODRÍGUEZ, Luis “Sobre la regulación de los seguros de personas”, en VV.AA. “*Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino F. Duque Domínguez*”, Vol. II, Universidad de Valladolid/Caja Duero, Valladolid, 1998, pp. 1157-1174.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad (La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 35-IV, 1982, pp. 987-1085.
- DE ELIZALDE Francisco, “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil”, *InDret*, nº 3, 2014, pp. 1-40.
- DE LA QUINTANA FÉRGUSON, Manuel, *La responsabilidad civil del médico*, Estades Artes Graf, Madrid, 1949.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El modelo constitucional de protección social”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2004, pp. 593-624.
- DE LEÓN ARCE, Alicia, “El consumo como realidad social económica y jurídica” en DE LEÓN ARCE, Alicia (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 44-102.
- DE LEÓN ARCE, Alicia, “La protección legal de consumidores y usuarios en España”, en DE LEÓN ARCE, Alicia (Dir.), *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina normativa, jurisprudencia, formularios*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 103-155.
- DE MICHELI-SIERRA, Alfredo, “Notas sobre la medicina del antiguo Islam”, *Gaceta Médica de México*, Vol 138, nº3, 2002, pp. 281-285.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico “Test genéticos directos al consumidor y límites al principio de autonomía”, *Derecho y Salud*, Vol. 25 Extraordinario, pp. 34-50.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico y DEL BARRIO FERNÁNDEZ, José Luis, “La responsabilidad médica como nuevo fenómeno: análisis de las causas y conceptos” en DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir.), *La medicina ante el derecho: problemas de lenguaje y riesgo profesional*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 4-91.

- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “Consentimiento informado y prueba de la lex artis”. La relevancia de la prueba de presunciones”, *Derecho y Salud*, Vol. 21, N° 1, 2011, pp. 75-84.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, “La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria. Doctrina general y evolución en Derecho comparado” en MARTÍNEZ LÓPEZ, Francisco José (Coord.), *La pérdida de oportunidad en las reclamaciones y sentencias de responsabilidad patrimonial: aspectos médicos, jurídicos y jurisprudenciales*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2006, pp. 75-82.
- DE ROBERTIS, Francesco María, *Lavoro e lavoratori nel mondo antico*, Adriática, Bari, 1963.
- DEUTSCH, Erwin y SCHREIBER, Hans-Ludwig, *Medical Responsibility in Western Europe*, Springer-Berlag, Berlin, 1985.
- DIAS PEREIRA, André Gonçalo, *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- DÍAZ ALABART, Silvia, ÁLVAREZ MORENO, María Teresa y HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, “Comentario al artículo 2” en DÍAZ ALABART, Silvia (Dir.), *Contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83 (Adaptado a la ley 3/2014, de modificación del TRLGDCU)*, Reus, Madrid, 2014, pp. 21-80.
- DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, “El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, n° 10, 2011, pp. 23-34.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ Calixto, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 1996.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Riesgos del desarrollo y sangre contaminada: tres jurisdicciones, tres respuestas distintas”, *Repertorio de Jurisprudencia*, n°41-42, 1999, Aranzadi, 2000.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, Calixto, “Servicios sanitarios y art. 28 LCU ¿responsabilidad objetiva o por culpa?”, *Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*, Comares, Granada, 2006, pp. 1-35.
- DICKENS, Bernard M., “George Annas, “Some Choice: Law, Medicine,

- and the Market”, *Journal of Contemporary Health Law*, Vol. 15, Issue 3, 1998, pp. 609-630.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, Introducción y Teoría del Contrato, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.
- DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- DOMINGUEZ MARTÍN, Mónica, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley-Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2006.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Pilar, “La contratación del seguro de asistencia sanitaria y las limitaciones de los derechos de determinados asegurados”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 421-440.
- DONADO VARA, Araceli, “Responsabilidad civil farmacéutica derivada de medicamentos o productos sanitarios. El derecho a la información en el ámbito sanitario y la omisión en el prospecto de los efectos secundarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 734, 2012, pp. 3435-3666.
- DRAHEIM, Georg, *Die Genossenschaft als Unternehmenstyp*, Auflage, Göttingen, 1955.
- DUMONT, François, “La gratuité du mandat en droit romain”, *Studi in onore V. Arangio Ruiz nel XVI anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1952, pp. 307-322.
- EIDENMÜLLER, Horst, FAUST, Florian, GRIGOLEIT, Hans Christoph, JANSEN, Nils, WAGNER, Gerhard y ZIMMERMANN, Reinhard, “El marco común de referencia para el Derecho privado europeo. Cuestiones valorativas y problemas legislativos”, trad. por RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXII, fasc. IV, pp. 1461-1522.
- ELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia y KLEIN VIEIRA, Luciane, “La noción de consumidor en el Mercosur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, Nº 2, pp. 71-84.
- ELIZARI URTASUN, Leyre, “El daño en las acciones de wrongful birth y wrongful life”, *Derecho y Salud*, Vol. 19, Extraordinario XVIII Congreso, 2010, pp. 139-164.

- EMBID IRUJO, José Miguel, “La protección del asegurado: su consideración como consumidor”, *Derecho de Seguros, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1995, pp.13-34.
- ENCISO SANTOCILDES, Marta y MUGARRA ELORRIAGA, Aitziber, “Cooperativas y salud: orígenes, fines y experiencias”, en ADROHER BIOSCA, Salomé, DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 573-588.
- ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “Contrato de servicios”, en VV.AA., *Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 15 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, Derecho Patrimonial 1, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013, pp. 601-659.
- ESCARTÍN IPIÉNS, José Antonio, “El contrato de servicios”, *Notarios y Registradores*, 2013, disponible en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2013-contrato-de-servicios.htm>
- ESCUDERO LÓPEZ, José Antonio, *Curso de Historia del Derecho: Fuentes e Instituciones Político administrativas*, autor editor, 3ª edición, 2003.
- ESTUPIÑÁN CÁCERES, Rosalía, “¿Pueden las sociedades anónimas profesionales ser sociedades cotizadas?”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 35, 2010, pp. 277-284.
- FADEN, Ruth L. y BEAUCHAMP, Tom L., *A History and Theory of Informed Consent*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1986.
- FÉRNADEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho público romano*, 8ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y TORRES LÓPEZ, Francisco, “Capítulo I. Ámbito de aplicación” en REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 157-115.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Edilex, Madrid, 1987.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, “Las sociedades de médicos”, en ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luis, y MORENO QUESADA, Bernardo

- (coord.) *El ejercicio en grupo de profesionales liberales*, Universidad de Granada, Granada, 1993, pp. 357-384.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier, *El contrato de servicios médicos*, Civitas, Madrid, 1988.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado Romano*, Iustel, Madrid, 2008.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, *Sistema Contractual Romano*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, nº 18, 2003, pp. 7-21.
- FERNÁNDEZ GIMENO, José Pascual, “Los consumidores y usuarios como sujetos afectos a una especial tutela jurídica” en REYES LÓPEZ, María José (Coord.), *Derecho de Consumo*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 65-82.
- FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, Granada, 2007.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, “Os Contratos Civis de Prestação de Serviço Médico” en VV.AA., *Direito da Saúde e da Bioética*, Lisboa, AAFDL, 1996, pp. 75-120.
- FERRY-MACCARIO, Nicole, KLEINHEISTERKAMP, Jan, LENGART, François, MEDJAD, Karim y STOWY, Nicole, *Gestion juridique de la entreprise*, Pearson Education France, Paris, 2006.
- FINKIELMAN, Samuel, “Marco Terencio Varrón y la causa de las enfermedades”, *Medicina (Buenos Aires)*, nº 67, pp. 306-308.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, “El Derecho del consumidor entre códigos y Constitución: un lugar de encuentro del Derecho civil y del Derecho Mercantil” en VV.AA, *Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 1990, pp. 41-53.
- FONT GALÁN, Juan Ignacio, “Proyecto de Código Mercantil y paradigma constitucional”, en VV.AA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 65-85.
- FORGES, Jean Michel y SEUVIC, Jean François, *L'Hospitalité*, Berger-Levrault, París, 1983.

- FORSTER, Rudolf y GABE, Jonathan, "Voice or choice? Patient and public involvement in the National Health Service in England under New Labour", *International Journal of Health Services*, nº 38(2), 2008, pp. 333-356.
- FREDOTOVICH, Norberto, "Cultos, dioses, héroes y símbolos en la medicina", *Revista Argentina de Urología*, Vol 71, nº 3, 2006. pp. 144-154.
- FRIEDMAN, Milton, R., *Teoría de los precios*. Alianza Editorial, Madrid, 1976.
- FRUSTAGLI, Sandra, "La protección del paciente ante las medicinas prepagas", *Trabajos del Centro*, nº 9/10, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, 2011, pp.1-18.
- FUENTES GÓMEZ, Julio C., "La regulación de los contratos de seguro en el Anteproyecto de Código Mercantil", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 561-579.
- GALÁN CORONA, Eduardo "Contrato de servicios mercantiles y contrato de servicios electrónicos en el Anteproyecto de Código Mercantil", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 419-432.
- GALÁN CORTES, Julio César, *Responsabilidad civil médica*, 3ª edición, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011.
- GALENO, Claudio, "El mejor médico es también filósofo", Traducción del Grupo Glaux Philologica, *Ideas y Valores*, nº 126, diciembre, 2004, pp. 75-84.
- GALLARDO, Alfredo, "Igualdad de oportunidades y no discriminación por razón de discapacidad en la contratación de seguros privados", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 818, Thomson-Aranzadi, 2011, p. 6.
- GALLEGO, Esperanza, "Los contratos de intercambio de bienes en el Anteproyecto de Código Mercantil", en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (Coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 343-366.
- GARCÍA BARRENO, Pedro, *"El legado de Hipócrates. Los grandes temas de la medicina"*, Espasa, 2008.

- GARCÍA BRAVO, Paloma, “Las traducciones en la transmisión del legado médico clásico al mundo occidental”, *Hieronymus complutenses: el mundo de la traducción*, nº 11, 2004, pp. 25-41.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen, *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.
- GARCÍA GUAL, Carlos, *Tratados hipocráticos I. Sobre la decencia*, Gredos, 1990.
- GARCÍA HUAYAMA, Juan Carlos, “Responsabilidad civil por nacimiento con discapacidad: las acciones por wrongful birth (nacimiento injusto) y wrongful life (vida injusta)”, *Derecho y Cambio Social*, nº 29, 2012, pp. 1-19.
- GARCÍA PÉREZ, Rafael, “Las cooperativas sanitarias”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº10, 2006, pp. 453-462.
- GARCÍA RUBIO, María Paz, “Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la propuesta de Código mercantil», *Revista de Derecho Civil*, nº 1, 2014, pp. 7-27.
- GARCÍA VARELA, R., La carga de la prueba en los procesos por responsabilidad médica”, *La Ley*, nº 1, 1998, pp. 1928-1929.
- GARCÍA VICENTE, José Ramón, “Comentario al artículo 59”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 757-765.
- GARCÍA-CRUCES, José Antonio, “Unidad del mercado y doctrina ius privatista (A propósito del Anteproyecto de Código Mercantil)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, LXIX, nº 2181, 2015, pp. 1-31.
- GARCIA-ESCRIBANO MARTINEZ, María Soledad, *La responsabilidad civil del médico en el Derecho romano*, Madrid, 1998.
- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis, “El contrato mercantil de servicios”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 1, 1997, pp. 291-336.
- GARGANTILLA MADERA, Pedro, *Breve historia de la medicina: del chamán a la gripe A*, Nowtilus, Madrid, 2011.
- GARRIGUES, Joaquín, “¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 71, 1959, pp. 7-59.

- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Prueba de la causalidad en pleitos de daños y pérdida de oportunidad”; en HERRADOR GUARDIA, Mariano José (Coord.), *Derecho de daños*, Sepin, Madrid 2011, pp. 195-226,
- GETE ALONSO CALERA, María del Carmen, “Las nociones de mercantilidad del proyecto de Código mercantil. Una deconstrucción a modo de denuncia o crítica”, *Revista de Derecho Civil*, nº 4, 2014, pp. 27-65.
- GETE ALONSO Y CALERA, María del Carmen, *Estructura y Función del Tipo Contractual*, Barcelona, Bosch, 1979.
- GIESEN, Ivo y ENGELHARD, Esther, “Medical Liability in the Netherlands”, en KOCH, Bernard A. (ed.) *Medical Liability in Europe. A comparison of Selected Jurisdictions*, De Gruyter, Berlin, 2011, pp. 361-410.
- GIL FERNÁNDEZ, Juan, “Arcágato, Plinio y los médicos”, *Habis*, nº 3, 1972, pp. 87-102.
- GILI SALDAÑA, Marián., “*El producto sanitario defectuoso en Derecho español*”, Atelier, 2008.
- GIMENEZ-CANDELA, Teresa, “Lex artis y responsabilidad médico-sanitaria: una perspectiva actualizada”, en ADAME GODDARD, Jorge (Coord.), *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 399-419.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “Configuración jurídica de los servicios médicos”, en VV.AA., *Estudios en homenaje al Dr. Serrano y Serrano*, Valladolid, 1965, pp. 325-374.
- GITRAMA GONZÁLEZ, Manuel, “En la convergencia de dos humanismos: medicina y derecho (Sobre el contrato de servicios médicos)”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 30, nº 2, 1977, pp. 273-335.
- GOLDSTEIN, Melissa M. y BOWERS, Daniel, “The Patient as Consumer: Empowerment or Commodification?”, *Journal of Law, Medicine & Ethics*, nº 43 (1), 2015, pp. 162-165.
- GOMEZ CALLE, Esther, “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, nº4, 1998, pp. 1693-1768.
- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier, “La repercusión en derecho español de las propuestas de armonización del Derecho

- contractual europeo”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (Coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 525-548.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, “Un nuevo Código”, *InDret*, nº 3, 2013, Editorial.
- GOMEZ ROYO, Enrique y BUIGUES OLIVER, Gabriel, “Die Haftung der Ärzte in den klassischen und nachklassischen Quellen”, *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, nº 37, 1990, pp. 167-196.
- GÓMEZ ZAMORA, Leopoldo J., “Terceros obligados al pago y régimen jurídico del aseguramiento obligatorio de la asistencia sanitaria”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto y CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 253-286.
- GÓMEZ-PANTOJA, Joaquín L., “El Código de Hammurabi” disponible: http://www.abogacia.es/?get_group_doc=1/1408698489-Hammurabi.pdf
- GONDRÁ ROMERO, José María, “La deconstrucción del concepto del Derecho Mercantil en aras de la unidad de mercado”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 27-51.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, “Algunas cuestiones acerca de los seguros privados de salud en España”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 20, 2007, Westlaw BIB 2007\2439.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, “Discriminación por razón de discapacidad en los seguros privados de asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 408-419.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen, “Incidencia en el Derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, pp. 29-44.
- GONZÁLEZ FERNANDEZ, Martín, “Philosophia et medicina duae sorores sunt. Divulgación del escepticismo en las fuentes médicas del Medievo”, *Revista Española de Filosofía Medieval*, nº 16, 2009, pp. 123-136.
- GONZÁLEZ FISHER, Ricardo F. y FLORES SHAW, Patricia L., “El papiro quirúrgico de Edwin Smith”, *Anales Medicos*, vol. 50, 2005, pp. 43-48.
- GONZÁLEZ LOZANO, Regina María del Carmen y ALMEIDA LÓPEZ, María Guadalupe, “El Protomedicato” en

- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.) *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 309-317.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, Barcelona, 1990.
- GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Benjamín, “Reseña de la obra de Pedro Laín Entralgo aparecida en 1964, *La relación médico-enfermo*. Madrid: Revista de Occidente”, *Revista de Sociología*, Vol. 6, 1997, pp. 216-222.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor en el derecho comunitario del consumo”, *Estudios de Consumo*, n° 75, 2005, pp. 25-41.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis “La protección de los consumidores vulnerables en el derecho del consumo de la UE: el programa plurianual para el período 2014-2020”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 10, 2014, pp. 92-109.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “El Derecho del Consumo: ¿Una disciplina jurídica autónoma?”, *Estudios de Consumo*, n° 54, 1991, pp. 12-30.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 17, 2004, pp. 47-82.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “La noción de consumidor normalmente informado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: La Sentencia *Gut Springenheide*”, *Derecho de los negocios*, n° 103, 1999, pp. 1-15.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis, “Las nociones consumidor medio y miembro medio de un grupo particular de consumidores en el Reglamento n° 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 247, 2007, pp. 9-19.
- GONZALVES CAVRIOTO, Enrique y GARCÍA GARCÍA, Inmaculada, “En torno a la medicina romana”, *Hispania Antiqua*, n° 33-34, pp. 323-335.
- GRACIA GUILLÉN, Diego, *Como arqueros al blanco. Estudios de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2004.
- GRAU PINEDA, María del Carmen, “La incidencia de las sentencias Decker y Kholi sobre el reembolso de los gastos médicos

- producidos en otro estado miembro en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Ciencias Jurídicas*, nº 4, 1999, pp. 151-173.
- GREGORI, Maria Stella, *Planos de Saúde: a ótica do consumidor*. 3ª ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- GUERRERO ZAPLANA, José, “Consentimiento e información”, *Guia Práctica de las Reclamaciones Sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2013, Westlaw, pp. 1-57.
- GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por defectuosa asistencia sanitaria*, 4ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- GUISADO MORENO, Ángela, “Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes del proyectado Código Mercantil” en VV.AA., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 182-201.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Patricia, “Fabricantes, importadores y proveedores de productos defectuosos: análisis de los «sujetos responsables» en el régimen de responsabilidad civil por el producto en el Derecho español”. Disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6670#_ftn25).
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, Pilar, “Aporías y distorsiones en el carácter objetivo de la responsabilidad civil por productos defectuosos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, 2014, pp. 1-48.
- HALL Mark A., “The History and Future of Health Care Law: An Essentialist View”, *Wake Forest Law Review*, nº 41, 2006, pp. 347-364.
- HALL, Mark A. “Law, Medicine, and Trust”, *Stanford Law Review*, nº 55, 2002, pp. 463-527.
- HALL, Mark A. y SCHNEIDER, Carl E., “Patients as Consumers? Courts, Contracts, and the New Medical Marketplace”, *Michigan Law Review*, nº106, 2008, pp. 643-689.
- HALL, Mark A., “The Legal and Historical Foundations of Patients as Medical Consumers,” *Georgetown Law Journal*, 96, nº 2, 2008, pp. 583-597.
- HALL, Mark A., BOBINSKI, Mary Anne, y ORENTLICHER, David, *Medical Liability and Treatment Relationships*, 3ª ed., Wolters Kluwer, 2013.

- HARTZBAND, Pamela y GROOPMAN, Jerome, "The New Language of Medicine", *New England Journal of Medicine*, 365, nº15, 201, pp.1372-1373.
- HERING TORRES, Máx Sebastián, "Limpieza de Sangre, ¿Racismo en la Edad Moderna?", *Tiempos modernos: Revista electrónica de Historia Moderna*, Vol 4, nº 9, 2003, pp. 1- 16.
- HERRERA CAMPOS, Ramón, "Las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos indemnizables" en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, pp. 487-522.
- HERRING, Jonathan, *Vulnerable adults and the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- HERZLINGER, Regina (ed.), *Consumer-Driven Health Care: Implications for Providers, Payers, and Policymakers*, Jossey Bass, San Francisco, 2004.
- HILTON, Matthew, *Consumerism in Twentieth Century Britain: The Search for a Historical Movement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- HILTON, Matthew, *Prosperity for All: Consumer Activism in an Era of Globalisation*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 2009.
- HOLYOAKE, Georges Jacob, *Historia de los pioneros de Rochdale*, trad. Bernardo Delom, AECOOP, Zaragoza, 1973.
- HONDIUS, Ewoud H. y VAN HOOFT Annet, "The New Dutch Law in Medical Services", *Netherlands International Law Review*, XLIII, pp. 1-8.
- HONDIUS, Ewoud H., *Konsumentenrecht: preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* Kluwer, Deventer, 1976.
- HONDIUS, Ewoud, "Chapter 13- Specific Contracts" en CHORUS, Jeroen; GERBERT, Piet Hein y HONDIUS, Ewoud H. (Eds.), *Introduction to Dutch Law*, Kluwer International, The Hague, 2006, pp. 227-254.
- HOWELLS, Geraint G., y WILHELMSSON, Thomas, *EC Consumer Law*, Dartmouth, Aldershot, 1997.
- HUERGO LORA, Alejandro, *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

- IGLESIAS GIL, José Manuel, “Viajar por motivos de salud. Los viajes para la formación y el ejercicio de la actividad de los profesionales de la medicina” en IGLESIAS GIL, José Manuel y RUIZ GUTIÉRREZ, Alicia (Editores), *Viajes y cambios de residencia en el mundo romano*, Ediciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 2011, pp. 257-278.
- IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*, Ariel, 10º ed., 1990, p. 405.
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad” *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, pp. 291-306.
- ITURRIOZ DEL CAMPO, Javier, “El marco legal de las sociedades cooperativas del sector de la salud”, *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, n 60, 1994, pp. 93-108.
- IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Comentario a la STS de 22 de febrero de 1991”, *Comentarios Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 26, 1991, pp. 387-402.
- JACKSON, Ralph P.J., “Roman medicine: their practioners and their practices”, en HAASE, Wolfgang y TEMPORINI, Hildegard (Ed.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Teil II: Principat, Medizin und Biologie, De Gruyter, Berlín, 1993, pp. 79-101.
- JACOBI, John V., “Consumer-Driven Health Care and the Chronically Ill”, *Michigan Journal of Law Reform*, nº 38, 2005, pp. 531-536.
- JACOBSON, Peter D. y TUNICK, Michael R., “Consumer-Directed Health Care and the Courts: Let the Buyer (and Seller) Beware”, *Health Affairs*, nº 26(3), 2007, pp. 704-714.
- JARA, Miguel, *Traficantes de salud: como nos venden medicamentos peligrosos y juegan con la enfermedad*, Icaria, 2007.
- JIMÉNEZ APARICIO, Emilio, “La ejecución de la sentencia de la colza I”, *InDret* nº 112, 2003, pp. 1-18.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo, *Responsabilidad civil: daños causados por productos defectuosos*, McGraw Hill, Madrid, 1998.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Lecciones de Derecho Mercantil*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2008.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús y DÍAZ MORENO, Alberto, “Carácter mercantil de las normas reguladoras de las condiciones generales de la contratación y de la tutela de la parte débil en los contratos celebrados por consumidores y usuarios”, en VV.AA.,

Estudios de Derecho Mercantil, Libro homenaje al Prof. José Antonio Gómez Segade, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 957-965.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo Jesús y DÍAZ MORENO, Alberto. “Unas primeras reflexiones sugeridas por el anteproyecto de ley del Código mercantil y el principio de unidad de mercado”, en VV.AA, *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 202-216.

JONSEN, Albert R., “On the origins and future of the Belmont Report”, en CHILDRESS, James F., MESLIN, Eric M. y SHAPIRO, Harold T. (Ed.), *Belmont revisited: ethical principles for research with human subjects*, Georgetown University Press, Washington DC, 2005, pp. 3-11.

JORDANO BAREA, Juan Bautista, “Contratos mixtos y unión de contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 1, 1951, pp. 321-339.

JORDANO BAREA, Juan Bautista, “Los contratos atípicos”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 7-8, 1953, pp. 51-95.

JORDANO FRAGA, Francisco, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 1, 1985, pp. 29-104.

JOST, Timothy S., *Health Care at Risk: A Critique of the Consumer-Driven Movement*, Duke University Press, Durham, 2007.

JOVELL, Albert, NAVARRO RUBIO, María Dolors, FERNÁNDEZ MALDONADO, Laura, y BLANCAFORT, Sergi, “Nuevo rol del paciente en el sistema sanitario”, *Atención Primaria*, nº 38 (3), 2006, pp. 234-237.

JUST, Manfred, “Das Honorarenspruch desi medicus ingenuus”, en *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, v. VI, Napoli, 1988, pp. 3057-3075.

KAPP, Marshall B., “Patient Autonomy in the Age of Consumer-Driven Health Care”, *Journal of Health & Biomedical Law*, vol. 1, nº 1, 2006, pp. 1-31.

KARCHMER, Samuel, “Código y juramentos en la medicina”, *Acta Médica Grupo Ángeles*, Vol. 10, nº 4, 2012, pp. 224-234.

KLESTA DOSI, Laurence, *Assistenza sanitaria e tutela del cittadino. Modelli privatistica e orizzonte europeo*, Giappichelli, Torino, 2008.

- KRÄMER, Ludwig, *EEC Consumer Law*, E. Story-Scientia, Bruxelles, 1986.
- KRUGMAN, Paul, "Patients are not consumers", *The New York Times*, 21 de abril de 2014.
- LABARIEGA VILLANUEVA, Pedro Alfonso, "El contrato de atención médica. Naturaleza jurídica", *Revista de Derecho Privado*, nº 3, 2002, pp.53-90.
- LABELLE, Hubert R. "Le contrat de soins médico-dentaire. Son évolution comparative France / Québec", *Journal de l'Ordre des Dentistes du Quebec*, Vol. 44, 2007, pp. 11-17.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 514-520.
- LAFFINEUR, Jacques, "L'Évolution du Droit Communautaire Relatif aux Contrats de Consommation", *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, nº 1, 2001, pp. 19-42.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro, *El médico y el enfermo*, Biblioteca para el hombre actual Ediciones Guadarrama, Madrid, 1969.
- LAÍN ENTRALGO, Pedro, *La relación médico- enfermo. Historia y teoría*, Revista de Occidente, Madrid, 1964.
- LARA GONZÁLEZ, Rafael y SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU, Juan Carlos, "Los seguros de enfermedad y asistencia sanitaria: responsabilidad de las compañías aseguradoras y potencial limitación contractual de su cuantía" en ALENZA GARCÍA, José Francisco y ARCOS VIEIRA, María Luisa (Dir.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho Sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 373-386.
- LARIOS RISCO, David, "Autonomía de la voluntad del usuario de servicios sanitarios", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 274-288.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Manual sobre Protección de Consumidores y Usuarios*, Dykinson, Madrid, 2003.
- LÁZARO, José y GRACIA, Diego, "La relación médico-enfermo a través de la historia". *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, vol.29, supl.3, 2006, pp.7-17.
- LEGA, Carlo, "Le prestazioni del medico: dalla locatio operarum alie obligación di mezzi e ai doveri di comportamento", en VV.AA., *Fraterna munera. Studi in onore di Luigi Amirante*, Università degli Studi di Ferrara e di Salern, Salerno, 1998, p. 202.

- LEMA AÑÓN, Carlos, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud: Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 29-42.
- LEMA AÑÓN, Carlos, “La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?”, *Revista de Bioética y Derecho*, nº 31, 2014, pp. 3-16.
- LEPRE, Antonio, *La responsabilità civile delle strutture sanitarie. Ospedali pubblici, case di cura private e attività intramuraria*, Giufrè Editore, Milano, 2011.
- LESAGE-JARJOURA, Pauline y PHILIPS-NOOTENS Suzanne, *Éléments de responsabilité civile médicale, le droit quotidien de la médecine*, 1ª ed., Yvon Blais Eds., Quebec, 1995.
- LEWIS, Andrew D.E., “The trichotomy in *locatio conductio*”, *The Irish Jurist*, nº 8, 1973, pp. 164-177.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*. Trivium, Madrid, 1988.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, “La llamada culpa médica: Doctrina general y especialidades problemáticas”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, nº 2, 2002, pp. 487-546.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”, en MORENO, J. A., *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coordinada por Dykinson. Madrid, 2000, pp. 297-322.
- LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico: aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Trivium, 1998.
- LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 42-62.
- LÓPEZ ESPINOSA, José Antonio. “Una rareza bibliográfica universal: el Papiro médico de Edwin Smith”, *Acimed*, 2002, vol. 10, nº 3, pp. 9-10.
- LÓPEZ QUIROGA, Julio, SAN PEDRO MARTÍNEZ, Guillermo y QUIRÓS DE SAS, Antonio, “La responsabilidad del asegurador en los contratos de seguro de asistencia sanitaria”, *Revista Española de Seguros*, nº 128, 2006, pp. 867-878.

- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, Carmen, *Las causas particulares de extinción del mandato: de Roma al derecho moderno*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1999.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco, “Comentario al artículo 1.544 del Código Civil” en ALBADALEJO GARCÍA, Manuel y DIAZ ALABART, Silvia (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XX, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992.
- LUNA YERGA, Alvaro, “Olvido de una gasa durante una intervención quirúrgica. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2002” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2013, pp. 1-14.
- LUNA YERGA. Alvaro, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Civitas, Madrid, 2004.
- LUTTE, Isabelle, “Le médicament de sa prescription a sa consommation. Un nouvel enjeu de responsabilité”, en VV.AA., *Liber amicorum Jen-Luc Fagnart*, Bruylant, Louvain-la-Neuve, 2008, p.759.
- MACÍA MORILLO, Andrea, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MADDEN Stuart, M., “The Enduring Paradox of Products Liability Law Relating to Prescription Pharmaceuticals”, *Pace Law Review*, Vol. 21 (2), 2001, pp.314-363.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos Juan, “Los Códigos de conducta como fuente de Derecho”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 17, pp. 361-376.
- MANJÓN RODRÍGUEZ, Jimena Beatriz, “Configuración jurídica y evolución Jurisprudencial en la prestación de servicios de cirugía estética: información responsabilidad y publicidad”, *Derecho y Salud*, Vol. 23, extra., 2013, pp. 222-229.
- MARCO ARCALÁ, Luis Alberto, *Seguros de personas. Aspectos generales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “El «nuevo concepto de consumidor y empresario» tras la Ley 3/2014, de Reforma del TRLGDCU”, *CESCO de Derecho de Consumo*, nº 9, 2014, pp. 9-16.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de

- los estados miembros”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 1, 2012, pp. 8-21.
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep, “Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos”, *InDret*, nº 3, 2001, pp.1-17.
- MARTÍN CASALS, Miquel, “Líneas generales sobre la responsabilidad de las Entidades de Seguros de salud en las reclamaciones por efectos adversos, errores o negligencias médicas”, *Revista Española de Seguros*, 2006, nº 128, pp. 803-837.
- MARTÍN CASALS, Miquel, RIBOT IGUALADA, Jordi y SOLÉ FELIÚ, Josep, *La responsabilidad de las entidades de seguros de salud en las reclamaciones judiciales por errores o negligencias médicas*, Cuadernos 4 de SEAIDA, Madrid, 2006.
- MARTÍN REYES, María Ángeles, “Las agrupaciones de interés económico”, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 25, 1993, pp. 11-36.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel, “El carácter engañoso de la marca de empresa (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de Julio de 1998, asunto C-210/96)”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 194, 2001, pp. 29-44.
- MARTÍNEZ ZAPORTA, Elena, “Telemedicina y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, nº1, 2008, pp. 109-133.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *Derecho Médico*, Vol. I, Tecnos, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo “La prestación del asegurador en el seguro de asistencia sanitaria”, *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, nº 282, 2011, pp. 57-98.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “Atribución del pago de los gastos de asistencia sanitaria en los casos de doble cobertura asistencial”, *Revista Española de Seguros*, nº 128, 2006, pp. 855-866.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, “La protección del asegurado en el seguro de asistencia sanitaria”, en BATALLER GRAU Juan y VEIGA COPO y Abel B., (dir.), *La protección del cliente en el mercado asegurador*, Thomson Reuters- Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 1419-1459.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, Pablo, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, Fundación Mapfre, 2002.

- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José, Manuel, “Responsabilidad civil derivada de asistencia médica” en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*. Tomo II. Bosch, Barcelona 2008.
- MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA, Elena, “La responsabilidad patrimonial por contracción de infecciones en el ámbito hospitalario: evolución, control y registro de datos”, *Derecho y Salud*, Vol. 21, n° 2, 2011, pp. 153-163.
- MAYER-MALY, Theo, *Locatio conductio: eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Herold, Wien, 1956.
- MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, tomo IV, Buenos Aires, 1962.
- MAZZILI, Elizabetta “La acción de Wrongful Life en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo: dudas y cuestiones abiertas”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, n°. 10, 2012, pp. 79-111.
- MEDINA ACOZ, Luis, “Hacia una nueva teoría general de la causalidad en la responsabilidad civil contractual (y extracontractual): La doctrina de la pérdida de oportunidades”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, n° 30, 2009, pp.31-74.
- MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad: estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Madrid, 2007.
- MEIL, Augusta y ERICSON, Gianna, “The Trouble with Treating Patients as Consumers”, *Harvard Bussines Review*, 9 de enero de 2012.
- MEISEL, Alan, “The expansion of liability for medical accidents: From negligence to strict liability by way of informed consent”, *Nebraska Law Review*, 1977, vol. 56, n° 1, pp 51-152.
- MELGOSA ROCASPANA, Eva María, “El Código de Hammurabi”, *Lo Canyeret. Revista Colegio de Abogados de Lleida*, n° 58, 2008, pp.15-16.
- MENÉNDEZ, Aurelio, “El Derecho Mercantil del siglo XXI”, *La Ley*, n° 4, 1990, pp. 1197-1203.
- MENÉNDEZ, Aurelio, “El Derecho Mercantil como categoría dogmática”, *Advocatus*, n° 25, 2011, pp. 135-140.
- MESSINEO, Francesco, *Doctrina General del Contrato*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1986.

- MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, EJEA, Buenos Aires, 1971.
- MICHEL, Jacques Henri, *Gratuité en droit romain*, Brussels, 1962.
- MIGNON, Máxime, “Le fondement juridique de la responsabilité civile des médecins et chirurgiens”, *Recueil Dalloz periodique et critique de jurisprudence, de législation, et de doctrine*, n° II, 1950.
- MINOR, Jessica, *Informed consent in predictive genetic testing. A revised model*, Springer, Switzerland, 2015.
- MIQUEL, Joan, *Curso de Derecho Romano*, PPU, Barcelona, 1987.
- MIRANDA SERRANO, Luis, “Las sociedades mutualistas y las instituciones de inversión y financiación colectiva” en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (Coord.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 279-320.
- MOHINO MANRIQUE, Ana, “Ejercicio y responsabilidad médica en las fuentes jurisprudenciales y literarias romanas”, en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2008, pp. 223-234.
- MOLD, Alex, “Patient Groups and the Construction of the Patient-Consumer in Britain: An Historical Overview”, *Journal of Social Policy*, Vol. 39, Issue 4, pp.505-521.
- MONTALVO REVUELTA, Pablo, “Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n° 8, 2013, pp. 196-208.
- MONTERROSO CASADO, Esther, “Diligencia médica y responsabilidad civil”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, n° 8, 2003, pp. 23-34.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Asistencia sanitaria: de la Seguridad Social al sistema nacional de salud (Apunte para un estudio)”, *Aranzadi Social*, n° 5, 2004, pp. 63-72.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, “Trabajo autónomo y contrato de trabajo en las profesiones sanitarias”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n° 83, pp. 179-193.
- MORA, John James, *Introducción a la Teoría del Consumidor: De la preferencia a la estimación*, Universidad ICESI, Cali, 2002.

- MORALES, Rómulo. "La definición del contrato de consumo en el Código de protección y defensa del consumidor", *Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica*, n° 202, 2010, pp. 33-35.
- MORENO RODRIGUEZ, Rosa M., "Ética y medicina en la obra de Galeno", *Dynamis*, vol. 33, n°2, 2013, pp. 441-460.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad civil del médico*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- MOUDLY, Catherine, "Etude sur la condition sociale des médecins dans l'Empire Romain", *Caesarodunum: Bulletin de l'Institut d'études latines de la Faculté des lettres et sciences humaines d'Orléans-Tours*, 1969, n° 3, pp.17-180.
- MOURE GONZALEZ, Eugenio, "Estafilococos y otros intrusos. El paciente ante las infecciones intrahospitalarias. Virtualidad del régimen de responsabilidad del artículo 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007", *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n° 45, 2013, pp. 25-46.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago y JIMENEZ BLANCO, Antonio, "La protección de la salud de los consumidores", *Estudios sobre Consumo*, n° 3, 1984, pp. 41-49.
- NICOLAU, Noemí L., "La debilidad jurídica en la relación médico-paciente. El caso de las cirugías estéticas", *Trabajos del Centro Segunda Serie, Núm. 9/10*, 2011, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, pp.1-31.
- NUNN, John F., *La Medicina del Antiguo Egipto*, Editorial Fondo de Cultura Económico, México, 2002.
- NUÑEZ PAZ, Isabel, "Status del médico y responsabilidad civil", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, n° 47, p. 397-402.
- NUÑEZ PAZ, Isabel, *La responsabilidad de los médicos en el Derecho Romano*, Forum, Oviedo, 1996.
- OGANDO, Beatriz y GARCÍA, César, "Veinticinco siglos de paternalismo, 25 años de autonomía: una aproximación histórica a los cambios en la relación clínica", *Revista de Calidad Asistencial*, n° 21(3), 2006, pp.164-169.
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco, "El Anteproyecto de Código Mercantil en el contexto del proceso internacional de unificación del Derecho privado de los contratos", *Revista de Derecho Civil*, n° 3, 2014, pp. 37-66.

- OLIVENCIA RUIZ, Manuel, “Delimitación de la materia mercantil”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto (coord.), *Hacia un nuevo Código Mercantil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 57-67.
- OLIVENCIA RUIZ, Manuel, “Seguro de personas (disposiciones comunes) y seguro reaseguro (Arts. 68 a 79)” en VERDERA Y TUELLS, Evelio (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, 1982, pp. 977-998.
- OROZCO PARDO, G. y MORENO NAVARRETE, M.A., “El contrato en el contexto de la unificación del Derecho Privado”, *Anales del Derecho*, nº 29, 2011, pp.115-160.
- ORTEGA REINOSO, Gloria, “Un comentario a la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 109, 2008, pp. 174 y 175.
- ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, Pablo José, “La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de usuarios”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, 2003, pp.63-75.
- OSMAN, Hana, “History and Development of the Doctrine of Informed Consent”, *The International Electronic Journal of Health Education*, nº 4, 2001, pp. 41-47.
- OTAZU SERRRANO, María José, “Comentario a los artículos 97 a 101”, *Revista Española de Seguros*, nº 143-144, 2010 (Ejemplar dedicado a: Comentario al Anteproyecto de Ley de Contrato de Seguro, de Junio de 2010), pp. 921-940.
- OUGHTON, David, y LOWRY, John, *Textbook on Consumer Law*, 2ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2000.
- PACHECO JIMENEZ, María Nieves, “Acciones wrongful birth y wrongful live una controvertida vía de responsabilidad civil médica”, *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, nº 2, 2011, pp. 1-16.
- PAGADOR LÓPEZ, Javier, “La protección del consumidor en el contrato de seguro”, en MIRANDA SERRANO Luis María y PAGADOR LÓPEZ, Javier (Dir.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 367-388.
- PAISANT, Gilles, “À propos des vingt ans du Code de la consommation”, *La Semaine Juridique. Éd. Générale*, nº 22, 27 de mayo de 2013, pp. 1061-1068.
- PAISANT, Gilles, *Défense et illustration du droit de la consommation*, Lexis Nexis, Paris, 2015.

- PALAO MORENO, Guillermo. “La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo”, en REYES LÓPEZ (Coord.) *Derecho de Consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 73–94.
- PALAU RAMÍREZ, Felipe, “El consumidor medio y los sondeos de opinión en las prohibiciones de engaño en Derecho español y europeo. A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de julio de 1998, AS. C-210/96, Gut Springenheide”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo XIX, 1998, pp. 367-395.
- PANIAGUA ZURERA, Manuel “Cooperativismo y defensa del consumidor”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 213, 1994, pp. 575-592.
- PANIZA FULLANA, Antonia, “La responsabilidad civil médico-sanitaria y la LGDCU (comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997)”, *Aranzadi civil*, nº 1, 1998 , pp. 71-112.
- PANIZA FULLANA, Antonia, “La responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario: relectura de los artículos 28 LGDCU (artículo 148 del TRLGDCU) y 139 LRJ-PAC a la luz de las resoluciones de los tribunales”, en ADROHER BIOSCA, Salomé y DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico (Dir), *Los avances del Derecho ante la Medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 377-396.
- PANIZA FULLANA, Antonia, “Las entidades aseguradoras de asistencia sanitaria ante la falta de diligencia del médico por omisión de información (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2012, BIB 2012\918, pp. 1-15.
- PANIZA FULLANA, Antonia, “Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores (aplicación del artículo 28 de la LGDCU a un supuesto de responsabilidad sanitaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998)”, *Revista General del Derecho*, nº 652-653, pp. 75-84.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Comentario a la STS de 19 de junio de 1984”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, nº 6, pp. 1869-1884.
- PAÑOS PÉREZ, Alba, *Derechos y garantías del consumidor en el ámbito contractual*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, 2010.

- PARDO GATO, José Ricardo, “La excepción de los medicamentos respecto a las causas de exoneración de responsabilidad civil por riesgos de desarrollo: un antes y un después de la sentencia de 10 de mayo de 2001 del TJCE”, *La Ley*, nº 3, 2003, pp 1735-1749.
- PARDO GATO, José Ricardo, “La responsabilidad civil sanitaria por riesgos de desarrollo”, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, nº 8, 2004, pp. 1-18.
- PARRA LUCAN, María Ángeles, “Comentario al artículo 148 del TRLGDCU” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 1739-1757.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, “La responsabilidad civil por medicamentos y productos sanitarios a la luz del caso de la talidomida”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 130-147.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, “Responsabilidad civil por productos defectuosos” en REGLERO CAMPOS, Luis y BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 180-320.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés, “La evolución ético-jurídica de la responsabilidad médica”, *Revista Acta Bioethica*, Vol. 20 (2), 2014, pp. 207-213.
- PARRA SEPÚLVEDA, Darío Andrés, *La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2014.
- PARRAS MARTÍN, Alfonso, “Comentario a la sentencia de 18 de julio de 2012”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 91, 2013, pp. 431-442.
- PAZ CANALEJO, Narciso, “De las cooperativas sanitarias”, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando y ALBALADEJO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código de Comercio y Legislación Mercantil Especial*, Tomo XX, vol. 3, EDERSA, Madrid, 1994, pp. 814-820.
- PAZ-ARES, Cándido, “Agrupación de interés económico y sociedades profesionales” en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil I*, Civitas, Cizur Menor, 1999, pp. 735-764.
- PAZ-ARES, Cándido, “Comentario al artículo 1678” en PAZ-ARES, Cándido, DÍEZ-PICAZO, Luis, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, y SALVADOR CODERCH, Pablo (Dir.),

- Comentarios al Código Civil*, Tomo II, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1393-1407.
- PAZ-ARES, Cándido, “Uniones de empresas y grupos de sociedades”, en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen I, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 1323-1351.
- PEINADO GRACIA, Juan Ignacio y RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, “La unidad de mercado, el Código de Derecho mercantil (q.e.p.d.) y otras melancolías”, *La Ley mercantil*, nº 11, 2015, pp. 4-7.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel, *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María, “Las prestaciones sanitarias públicas. Configuración actual y perspectivas de futuro”, *Revista de Administración Pública*, nº 156, pp. 101-154 .
- PEMÁN GAVÍN, Juan, “Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)”, *Revista de Administración Pública*, nº 160, 2003 pp. 123-166.
- PENNEAU, Jean, *La responsabilité du médecin*, 3ª ed., Dalloz, París, 2004.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando, “Comentario al artículo 9”, en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo (Coord.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, p. 127-134.
- PERALES VISCASILLAS, Pilar, “¡Larga vida al Derecho mercantil de obligaciones y contratos! (A propósito del Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Código Mercantil en la parte de teoría general de obligaciones y contratos)”, *La Ley mercantil*, nº 13, 2015, pp. 4-10.
- PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, “La protección de la salud en el régimen tuitivo de consumo” en REGAZZONI, Carlos Javier (Dir), *Salud y conciencia pública; Seminario Problemática de los daños en la sociedad actual del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, Fundación Sanatorio Güemes, Buenos Aires, 2011, pp. 159-172.

- PÉREZ ECHENIQUE, Francisco, *El contrato de gestión de servicios médicos desde la dogmática jurídica*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010.
- PÉREZ LÓPEZ, Ian, “Infecciones hospitalarias: Ciencia, Pacientes y Tribunales”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*. Vol. 8, 2013, pp.209-227.
- PÉREZ MÉNDEZ, Pablo y VARELA TEMBRA, Juan José, “Evolución y desarrollo de la medicina medieval en occidente”, *Océánide*, nº 1, 2009, pp. 1-6.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, *El contrato de hospedaje en su doble aspecto civil y mercantil*, Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid, 1930.
- PÉREZ VALLEJO, Ana María, “Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfecta o satisfactiva” en MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, Dykinson S.L, 2010, pp. 545-581.
- PIZARRO WILSON, Carlos “El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, nº 3, pp. 825-843.
- PLASTOW, Michael, “The intrusion of the discourse of economics into the clinical space I: from patient to consumer”, *Australasian Psychiatry*, nº 18, 2010, pp. 298-302.
- POLLACK, Kurt, *Los discípulos de Hipócrates. Una Historia de la Medicina*, Plaza y Janés, Barcelona, 1969.
- POLO, Eduardo, "La protección del consumidor en el Derecho Privado", en *Estudios jurídicos en homenaje a A. Polo*, Madrid, 1981, pp. 811-898.
- POMBIEILH, Melle Denise, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du Droit des contrat*, Tesis doctoral, Université de Pau et des Pays de l'Adour, Pau, 2002.
- PORTER. Roy, *The Greatest Benefit to Mankind: a medical history of humanity*, Editorial Norton & Company, New York, 1998.
- PORTO CORTÉS, Alejandra, “La posible reclamación judicial, por el consumidor, ante el incumplimiento de un código de conducta”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, nº 3, 2010, pp. 1-23.

- POWER, Timothy W., *Roman Italy*, University of California Press, Berkeley y Los Angeles, 1990.
- PREVOT, Juan Manuel, “El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 15, 2010, pp. 143-178.
- PRIEGO-ALVAREZ, Herberto, “Consumismo Sanitario versus Consumerismo en salud”, *Hitos de Ciencias Económico-Administrativas*, nº 5, 1997, pp. 31-37.
- PRIEGO-ALVAREZ, Herberto, “Consumo en salud: La perspectiva del consumidor sanitario”, *Hitos de Ciencias Económico Administrativas*, nº 7, 1997, pp. 5-12.
- PUENTE MUÑOZ, Teresa, “Notas para un estudio sobre el concepto de Derecho Mercantil”, en VV.AA., *Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues*, Tecnos, Madrid, 1971, T. III; pp. 75-86.
- PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1985.
- PUYOL, Ángel, “Hay bioética más allá de la autonomía”, *Revista de Bioética y Derecho*, 2012, nº 25, p. 45-58.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, “La responsabilidad frente a terceros de la Sociedad Civil profesional, de sus socios y profesionales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº15, 2007, pp. 2579-2598.
- RALUCA STRIOE, Iuliana, “Los contratos de prestación de servicios jurídicos concluidos entre un abogado y un consumidor entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 13, 2015, pp. 229-230.
- RALUCA STROIE, Iuliana, “Por primera vez las pymes protegidas por una ley de protección a los consumidores independientemente de su ánimo de lucro o su actuación dentro o fuera del ámbito empresarial”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 13, 2015, pp. 40-44.

- RAMOS GONZÁLEZ, SONIA “Servicios médicos”, en VAQUER ALOY, Antoni, BOSCH CAPDEVILA, Esteve y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Paz (Coord.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Vol. 2, 2012, pp. 1321-1379.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y GILI SALDAÑA, Marian, “El producto sanitario implantable que presenta un riesgo anormal de avería es defectuoso aunque no haya causado daño físico alguno y su fabricante es responsable de los perjuicios relaciones con la operación quirúrgica de sustitución del producto. Comentario a la STJUE, de 5 de marzo de 2015, *Boston Scientific Medizintechnik GmbH contra AOK Sachsen Anhalt — Die Gesundheitskasse y Otro* (asunto C503/13) y c. Betriebskrankenkasse RWE (Asunto C-504/13)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 15, 2015, pp. 193-200.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, “Responsabilidad civil por medicamento: el defecto de diseño. Un análisis comparado de los criterios de definición del defecto en España y en los EE.UU”, *Indret* 2, 2005, pp.1-27.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Responsabilidad civil por medicamento. Defectos de fabricación, de diseño y en las advertencias o instrucciones*, Civitas, Madrid, 2004.
- RAMOS VÁZQUEZ, Isabel., *Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles*, Ed. Ministerio del Interior, 2008.
- RAPOSO, Vera Lúcia y OSUNA, Eduardo, “European Convention of Human Rights and Biomedicine”, en BERAN, Roy G. (ed.), *Legal and Forensic Medicine*, Springer, Berlin- Heidelberg, 2013, pp. 1405-1423.
- REAL PÉREZ A. (Coord.), *Códigos de conducta y actividad económica: una perspectiva jurídica*, Marcial Pons, 2010.
- REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel “Capítulo II. Derechos básicos de los consumidores y usuarios” en REBOLLO PUIG, Manuel y IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (Dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto-legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 116-141.
- RECALDE CASTELLS, Andrés, “El Derecho de Consumo como Derecho privado especial”, en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, pp. 537-568.

- REDONDO TRIGO, Francisco, “El nuevo régimen de la responsabilidad en la Ley de Sociedades Profesionales y la solidaridad jurisprudencial”, *Revista Crítica de derecho Inmobiliario*, nº 702, 2007, pp. 1892-1919.
- REICH, Norbert, “The Public/Private Divide in European Law”, en MICKLITZ, Hans-W., CAFAGGI, Fabrizio (dirs.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2010, pp. 56-89.
- REICH, Norbert, TONNER, Klaus y WEGENER, Harmut (ed.), *Verbraucher und Recht*, Verlag Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1976.
- RESTREPO, Helena E., “Antecedentes históricos de la promoción de la Salud” en RESTREPO, Helena E y MÁLAGA Hernán, *Promoción de la salud: cómo construir una vida saludable*, Editorial Médica Panamericana, 2002, pp. 15-23.
- RETUERTO BUADES, Margarita y SISO MARTÍN, Juan, “La salud, el sistema sanitario público y su protagonista: el usuario. Derechos y deberes del usuario de la sanidad” en MARTINEZ CALCERRADA, Luis y DE LORENTO Y MONTERO, Ricardo (Dir.), *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I. Ed. Colex. Madrid, 2001, pp.799-875.
- REYES LÓPEZ, María José, “La Reforma introducida en el TRLGDCU por Ley 3/2014 sobre el derecho de desistimiento e información”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, 2015, pp. 253-292.
- REYES LÓPEZ, María José, *Derecho del Consumo*, Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2002.
- REYES LÓPEZ, María José, *Manual de Derecho Privado de Consumo*, La Ley, Madrid, 2009.
- RICO PÉREZ, Francisco, “La responsabilidad civil del médico en Roma”, en ROSET ESTEVÉ, Jaime (Coord.), *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, Vol. 3, 1988, pp. 1603-1613.
- ROBINSON, James C., “Reinvention of Health Insurance in the Consumer Era”, *Journal of American Medical Association* nº 291, 2004, pp. 1880-1886.
- ROBINSON, James y GINSBURG Paul, “Consumer- Driven Health Care: Promise and Performance”, *Health Affairs*, nº 28(2), 2009, pp. 272-281.

- ROCA SASTRE, Ramón María, “La donación remuneratoria”, *Estudios de Derecho privado. Obligaciones y contratos, tomo I, Revista de Derecho Privado*, 1948, pp. 521-563.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Servicio público y Derecho comunitario europeo”, *Revista Catalana de Dret Públic*, nº 31, 2005, pp. 375-398.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María, “El desistimiento en el contrato de servicios de los profesionales liberales”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 54, nº 2, 2001, pp. 681-751.
- RODRÍGUEZ NEILA, Juan Francisco, *Medicus colonorum. Los médicos oficiales de las ciudades en época romana*, Servicio de Publicaciones de la universidad de Córdoba, Córdoba, 1997.
- RODRÍGUEZ OCAÑA, Pedro M., “Los seguros de personas en la Ley 50/1980 de 8 de octubre de Contrato de Seguro”, en VERDERA Y TUELLS, Evelio (Coord.), *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, Vol. 1, 1982, pp. 1025-1036.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Virgilio, *Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias. Criterios para delimitar la responsabilidad penal en supuestos de intervención conjunta de los profesionales sanitarios*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid, 2012.
- RODRÍGUEZ, José Adolfo, “Profesionalismo médico: aspectos históricos y religiosos”, *Revista Médica de Chile*, nº 134, 2006, pp. 381-384.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, Miguel, “El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Código Mercantil», *Diario La Ley*, nº 8486, Sección Columna, 23 de febrero de 2015.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel “El Código Mercantil”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 286, octubre-diciembre 2012, pp. 15-22.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “El empresario (I). Concepto, clases y responsabilidad” en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen I, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 59-62.
- ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, «El Derecho mercantil y el proceso de unificación del Derecho privado», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 291, 2014, pp. 127-147.
- ROSEMBUJ, Tulio, “El consumo sanitario”, *I Jornadas de Cooperativismo Sanitario de Consumo*, 1986, pp. 27-35.
- ROTT, Peter, “Effective enforcement of consumer law: the comeback of public law and criminal law”, en DEVENNEY, James, KENNY,

- Mel (dirs.), *European Consumer Protection: Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 64-81.
- ROY PÉREZ, Cristina “El régimen de protección del consumidor de productos bancarios y financieros”, *Revista de Derecho Mercantil*, nº 287, 2013, BIB 2013\389, pp. 151-188.
- RUBIO TORRANO, Enrique, “Nacimiento con lesiones y secuelas: fallo organizativo hospitalario y responsabilidad del centro sanitario”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, 2009, 221-223.
- RUBIO TORRANO, Enrique, “Responsabilidad civil médica y falta de consentimiento informado; pérdida de oportunidad (a propósito de la STS de 16 enero de 2012)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol. 2, nº 3, 2012, pp. 53-59.
- RUIZ DE VELASCO, Adolfo, *Manual de Derecho Mercantil*, Ediciones Deusto, Bilbao, 1992.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel “Introducción a la protección jurídica de los consumidores” en BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel (Dir.), *Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores*, McGraw Hill, Madrid, 1999, pp.3-26.
- SACRISTÁN REPRESA, Marcos, “El Texto Refundido de la LGDCU: notas sobre alcance y significado”, *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, nº 3, 2008, p. 47.
- SALAS CARCELLER, Antonio, “Cláusula abusiva en un contrato de arrendamiento de servicios concertado con un despacho de abogados”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, 2011, pp. 20-24.
- SALAS CARCELLER, Antonio, “La doctrina del daño desproporcionado en la exigencia de Responsabilidad Civil derivada del acto médico. Comentario sobre la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007”, *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, nº 7, 2007, pp. 337-339.
- SALAS CARCELLER, Antonio, “La protección de los consumidores y usuarios en relación con los servicios médico-sanitarios. Comentario sobre la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007”, *Repertorio de Jurisprudencia*, nº 1, 2008, pp. 1-3.

- SALVADOR CODERCH, Pablo, AZAGRA MALO, Albert y FERNÁNDEZ CRENDE, Antonio, “Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos”, *InDret*, nº 3, 2004, pp. 1-33.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio, RUBÍ PUIG, Antoni, RAMOS GONZÁLEZ, Sonia y TERRA IBÁÑEZ, Antoni, “Daños tardíos. Avite c. Grünenthal. Comentario a la SJPI nº90, Madrid, 19.11.2013 sobre daños causados por talidomida”, *InDret* nº 1, 2014, pp 1-30.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, RUBÍ PUIG Antoni, PIÑEIRO SALGUERO, José., “Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 55, Fasc/Mes 1, 2002, pp. 39-66.
- SALVADOR CODERCH, Pablo, SOLÉ FELIÚ, Josep, RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, CARRASCO MARTÍN, Jordi, SEUBE TORREBLANCA Joan Carles, LUNA YERGA, Álvaro., “Los riesgos de desarrollo”, *Indret*, nº 1, 2001, pp 1-30.
- SAMPEDRO, Antonio y BARBÓN, Juan Jesús, “Los ojos en el Código de Hammurabi”, *Archivos de la Sociedad Española de Oftalmología*, 2009, vol. 84, pp. 221-222.
- SAMUELSON, Paul, “A note on the pure theory of consumer’s behaviour”, *Economica, The London School of Economics and Political Science*, Vol. 5, nº 17, 1938, pp.61-72.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, 31ª ed., Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando, “Comentario al artículo 105”, en SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.), *Ley de Contrato de Seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, 4ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, pp. 2689-2710.
- SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María, “El daño desproporcionado”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8, 2013, pp. 240-258.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Tecnos, Madrid, 1998.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Raúl, “La reclamación por asistencia sanitaria pública en casos de enfermedades infecto-contagiosas. Estrategia procesal y sistema de recursos”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2015, BIB 2015\16770, pp.1-33.

- SÁNCHEZ LOSADA, Juan Antonio, *Aspectos éticos y médico-legales en la telemedicina: la consulta médica telefónica*, Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2011.
- SÁNCHEZ-CARO, Javier y ABELLÁN, Fernando, *Telemedicina y protección de datos sanitarios*, Comares, Granada, 2002.
- SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, “Principales modelos de protección social y seguridad Social” en *La seguridad y la protección social en México. Su necesaria reorganización*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2012, pp. 5-23.
- SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, nº 7-8, 1984, pp. 643-681.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Tomo II, 7ª edición, Montecorvo, Madrid, 1991.
- SARRATO MARTÍNEZ, L., “El control de la Administración Sanitaria sobre el medicamento puesto en circulación: aspectos problemáticos de su régimen jurídico”, *Derecho y Salud* Vol 25, nº 1, pp 9-59.
- SARRATO MARTÍNEZ, Luis., “La responsabilidad por productos farmacéuticos: el caso “Agreal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 755, 2008 pp. 1-2.
- SARRATO MARTÍNEZ, Luis., “Talidomida: de la irresponsabilidad de los poderes públicos a la injusticia de los tribunales”, *Actualidad jurídica Aranzadi* nº 894, 2014, pp 1-2.
- SAVATIER, René, “La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)”, *Revue internationale de droit comparé* , Vol. 28, n3, 1976, pp. 493-510.
- SCHIPPERGES, Heinrich, *El jardín de la salud: medicina en la Edad Media*, Editorial Laia, Barcelona, 1987.
- SCHNEIDER, Carl E. y HALL, Mark A. “The patient life: can consumers direct health care?”, *American Journal of Law & Medicine*, vol. 35, nº 1, 2009, pp. 7-65.
- SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, trad. de Santa Cruz Teigeiro, Bosch, Barcelona, 1960.
- SEGURA GARCÍA, Belén, “Responsabilidad jurídica por asistencia sanitaria”, en LARIOS RISCO, David, (Coord.), *Marco jurídico de las profesiones sanitarias*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 346-417.

- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio “La construcción jurídica de la autonomía del paciente, I”, *EIDON*, nº 39, 2013, pp. 13-34.
- SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio, “Las autonomías del paciente”, *Dilemata*, nº 3, 2010 pp. 61-75.
- SERRANO DELGADO, José Miguel, “La aportación de la epigrafía para el conocimiento de la *amicitia*-relación de dependencia en el Alto Imperio”, *Habis*, nº 18-19, 1987-1988, pp. 345-364.
- SEVILLA, Francisco, “La universalización de la atención sanitaria. Sistema Nacional de Salud y Seguridad Social”, *Documento de trabajo 86*, Fundación Alternativas, 2006, pp. 1-58.
- SIEGLER, Mark, “La relación médico-paciente en la era de la medicina de gestión”, VV.AA., *Limitación de prestaciones sanitarias*, Fundación Ciencias de la Salud/Doce Calles, Madrid, 1997, pp. 44-64.
- SIEGLER, Mark, “La tres edades de la medicina y la relación médico-paciente”, *Cuadernos de la Fundació Victor Grifols i Lucas*, nº 26, pp. 12-25.
- SIERRA, Xavier, “Ética e investigación médica en humanos: perspectiva histórica”, *Actas Dermo-Sifiliográficas*, 2011, vol. 102, nº 6, pp. 395-401.
- SMITIS, Konstantin, *Verbraucherschutz=Schlagwort Oder Rechtsprinzip?*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976.
- SOTÉS GARCÍA, Isabel, “La protección al consumidor en el ámbito de los seguros privados”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, nº 4, 1998, pp. 105-156.
- SPAGNUOLO VIGORITA, Luciano, *Subordinazione e Diritto del lavoro. Problema storici-critici*, Napoli, 1967.
- STIEFEL, Marc, SHANER, Arlene, SCHAEFER, Steven D., “The Edwin Smith Papyrus: the birth of analytical thinking in medicine and otolaryngology”, *The Laryngoscope*, 2006, vol. 116, nº 2, pp. 182-188.
- STOFFEL MUNCK, Philippe, “La autonomía del derecho contractual de consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación», *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, nº 25, 2013, pp. 57-79.
- SUTTON, Gordon, *Artisan or Artist?*, Pergamon, Oxford, 1967,
- TAMAYO CARMONA, Juan Antonio, “Prácticas comerciales y consumidor medio (a propósito de la Directiva 2005/29/CE, de

- 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales)", *Noticias de la Unión Europea*, nº 263, 2006, pp. 59-70.
- TAPIA HERMIDA, Alberto Javier, "Los seguros de personas en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014", en VV.AA., *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2015, pp. 1850-1866.
- TARODO SORIA, Salvador, "La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano", *Derecho y Salud*, Vol. 14, nº1, 2006, pp. 229-249.
- TENA ARREGUI, Rodrigo, "Un Código nuevo en odres viejos", *Revista de Derecho Mercantil*, nº 290, 2013, pp. 69-82.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, "¿El seguro de asistencia sanitaria y el seguro de enfermedad son el mismo ramo o son ramos diferentes?", *Actualidad Aseguradora*, 21 de septiembre de 1992, pp. 29 -33.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, "Asistencia sanitaria, un ramo con fuerza propia", *Actualidad Aseguradora*, 7 de marzo de 1994. pp. 25-26.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *La protección del consumidor de seguros ante el Mercado Único Europeo*, Fuci, Madrid, 1992.
- TIRADO SUÁREZ, Francisco Javier, *Los seguros de personas*, T.46, volumen tercero, en OLIVENCIA RUIZ, Manuel; FERNÁNDEZ-NOVOA Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael, *Tratado de Derecho Mercantil*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- TOMES, Nancy, "Patients or Health Care Consumers? Why the History of Contested Terms Matters" en STEVENS, Rosemary A et al. (eds.) *History and Health Policy in the United States*, Rutgers University Press, New Brunswick, 2006, pp. 83-97.
- TOMILLO URBINA, Jorge, "Medicina y Derecho: los orígenes de la juridificación de la prestación de servicios médicos", *Revista de Administración Sanitaria*, vol. 8, nº1, pp.169-182.
- TOMILLO URBINA, Jorge, "Nuevos derechos del paciente como consumidor", *Derecho y Salud*, Vol. 19, nº Extra 1, 2010, pp. 43-54.
- TOMILLO URBINA, Jorge, "Realidad y futuro del sistema arbitral de consumo. Una aproximación crítica desde la experiencia cántabra", en TOMILLO URBINA, Jorge (Dir.), *Práctica arbitral de consumo*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 29-67.

- TOMILLO URBINA, Jorge, “Responsabilidad por daños al inicio de la vida las acciones Wrongful Birth y Wrongful Life” en PALOMAR OLMEDA Alberto y CANTERO MARTÍNEZ Josefa (Dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II Vol. 2, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 253-272.
- TORNER, Carles, “El cooperativismo sanitario es una alternativa a la crisis actual de la sanidad a escala mundial”, *Revista de Cooperativismo Sanitario*, nº 89, 2013, pp. 40-44.
- TORNOS MAS, Joaquín, “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 10, 2002, 1-34.
- TORRENT, Armando, “The controversy on the trichotomy *res, operae, opus* and the origin of the location-conductio”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, nº 9, 2012, pp. 378-420.
- TRIGO REPRESAS, Félix A., *Responsabilidad civil de los profesionales*, Buenos Aires, Astrea, 1978.
- TROPLONG, Raymond, *De l’échange et du louage: Commentaire des Titres VII et VIII du Livre III du Code Civil*, Bruxelles, 1841.
- URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y VÉRGEZ, Mercedes, “Especialidades de la contratación mercantil”, en URÍA, Rodrigo, y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, vol. II, 1ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp.82-85.
- URÍA, Rodrigo, MENÉNDEZ, Aurelio y VÉRGEZ, Mercedes, “Sociedades cooperativas” en URÍA, Rodrigo y MENÉNDEZ, Aurelio, *Curso de Derecho Mercantil*, Volumen I, 1ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 1279-1302.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario (Coord.), *Derecho de Obligaciones y Contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- VAQUER ALOY, Antoni, “El Marco Común de Referencia”, en BOSCH CAPDEVILLA, Esteve (Coord.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239-265.
- VARGAS, Alex, LÓPEZ Marcelo, LILLO Claudio, y VARGAS María Josefina, “El papiro de Edwin Smith y su trascendencia médica y odontológica”, *Revista Médica Chilena*, nº 140, 2012, pp.1357-1362.
- VÁZQUEZ BULLA, Cristiano., “La responsabilidad civil por productos defectuosos a la luz de la nueva Ley 3/2014: pasado, presente y futuro desde la perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial”, *Revista de derecho UNED*, nº 14, 2014, pp 717-750.

- VÁZQUEZ DE PADURA, Mercedes, “La responsabilidad ante el paciente de las entidades de seguro de asistencia sanitaria”, *Revista Española de Seguros*, 2006, n° 128, pp. 845-852.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *Prueba de la culpa médica*, Edit. Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, 1993.
- VEGA-FRANCO, Leopoldo, “Ideas, creencias y percepciones acerca de la salud. Reseña histórica”, *Salud Pública de México*, vol.44, n° 3, mayo- junio, 2002, pp.258-265.
- VEIGA COPO, Abel I., “Mala praxis vs. negligencias: ¿hasta dónde llegan los límites del seguro y la responsabilidad civil?” en ADROHER BIOSCA, Salomé y MONTAVO JÄÄSKELÄNEN, Federico, *Los avances del Derecho ante la Medicina*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 253-271.
- VEIGA COPO, Abel I., *Tratado del contrato de seguro*, Civitas, Cizur Menor, 2009.
- VELAZCO RAMOS, Carmen Beatriz, *Regulación jurídica del deber de información previo al consentimiento en el aborto*, Tesis doctoral, Madrid, 2013.
- VERGEZ, Mercedes, “Definición de las sociedad profesionales” en GARCÍA PÉREZ Rosa y ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen (Dir.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 33-67.
- VICANDI MARTÍNEZ, Arantzazu, “El concepto de wrongful birth y su inherente problemática. Una polémica del pasado y del presente”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, n°. 3, 2013, pp. 40-59.
- VICANDI MARTINEZ, Arantzazu, “El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial”, *Nomos*, n° 3, 2009, pp. 221-241.
- VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho Mercantil*, 20ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.
- VICUÑA CASTREJÓN, Begoña, *El médico de cabecera al inicio del siglo XXI: entre la curación y la sanación*, Tesis doctoral, Madrid, 2006, p. 22.
Disponible en:
<https://ciencia.urjc.es/bitstream/handle/10115/569/TESIS%20VICU%C3%91A.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (último acceso 23 de octubre de 2015).

- VICUÑA CASTREJÓN, Begoña, *Entre la curación y la sanación: el médico de cabecera y su relación clínico-humanista con los pacientes*, Erasmus Ediciones, 2009.
- VIDA FERNÁNDEZ, José, “Las prestaciones sanitarias del SNS: catálogo de prestaciones y carteras de servicios”, en PAREJO ALFONSO, Luciano, PALOMAR OLMEDA, Alberto y VAQUER CABALLERÍA, Marcos, (Coords.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 37-109.
- VIEIRA, Raymundo Manno, *Raíces Históricas da Medicina Ocidental*, FAP-UNIFESP, Sao Paulo, 2012.
- VIÑES, José Javier, *La sanidad española en el siglo XIX a través de la Junta Provincial de Sanidad de Navarra (1870-1902)*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2006.
- VISKY, Károly, "Esclavage et artes liberales à Rome", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, n° 15, 1968, pp. 473-485.
- VON BAR, Christian, CLIVE, Eric, y SCHULTE-NÖLKE, Hans (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law- Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Munich, 2009.
- VON HIPPEL, Eike, en “Grundfragen des Verbraucherschutzes”, *JuristenZeitung*, n° 14, 1972, pp. 417-423.
- WADDINGTON, Lisa, “Vulnerable and Confused: the protection of «vulnerable» consumers under EU Law”, *European Law Review*, n° 38 (6), 2013, pp. 758-766.
- WATSON, Alan, *Contract of mandate in Roman law*, Oxford, 1961.
- WEATHERILL, Stephen, y BEAUMONT, Paul, *EU Law-The Essential Guide to the Legal Workings of the European Union*, 3ª Ed., Penguin Books, London, 1999.
- YAÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino, “Talidomida y prescripción”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 914, 2015, pp. 1-3.
- YAÑEZ DE ANDRÉS, Aquilino., “Daños progresivos y prescripción”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 894, 2014, pp. 1-2.
- YUNGANO, Arturo Ricardo, *La responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales, deontológicas*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil de las sociedades profesionales y de sus miembros”, *Práctica derecho*

daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nº 71, 2009, pp. 7-34.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo.: Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, nº 1, 2001, pp. 35-50.

ZARAGOZA RUBIRA, Juan Ramón, *Medicina y sociedad en la España romana*, Barcelona, 1971.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Service contracts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki, “Perspectiva comunitaria, estatal y autonómica del concepto de consumidor”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 6, 2013, BIB 2013\1417.