

## Informe de Investigación

**Título: Aspectos laborales sobre la prestación del servicio médico**

<b>Rama del Derecho:</b> Derecho Laboral.	<b>Descriptor:</b> Trabajador.
<b>Palabras clave:</b> Acto médico, Contrato de trabajo, Contenido del contrato, Obligaciones del médico, Obligaciones del paciente.	
<b>Fuentes:</b> Doctrina.	<b>Fecha de elaboración:</b> 11 – 2011.

### Índice de contenido de la Investigación

<b>1 Resumen.....</b>	<b>1</b>
<b>2 Doctrina .....</b>	<b>2</b>
a) EL ACTO MÉDICO Y EL CONTRATO DE TRABAJO.....	2
A.- Naturaleza e importancia para la empresa:.....	2
B.- Carácter no subordinado del acto médico.....	2
C.- Obligaciones del médico de empresa:.....	5
b) EL CONTENIDO DEL CONTRATO.....	7
1. Obligaciones del médico.....	7
A) Deber de prestación de los servicios médicos.....	8
B) Deber de información.....	11
C) Deber del secreto profesional.....	14
2. Obligaciones del paciente.....	15
c) OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA O CUIDADOS MÉDICOS.....	17
I. Algunas características.....	17
II. Obligación de medios versus obligación de resultado.....	19
III. La obligación de medios del Médico.....	22

#### 1 Resumen

Sobre el **aspectos laborales del servicio médico**, se recopila doctrina nacional y extranjera se explicando las obligaciones del médico de empresa, las obligaciones y deberes del médico, el secreto profesional, las obligaciones del paciente, las características de los cuidados médicos, entre otros.

## 2 Doctrina

### a) EL ACTO MÉDICO Y EL CONTRATO DE TRABAJO

[Greenwood]<sup>1</sup>

El acto médico indirectamente refuerza el carácter sui géneris del contrato. Es el elemento que corrobora la liberalidad de la profesión médica. Como tal se ubica fuera de la relación laboral del médico con la empresa. Debe respetarse la independencia de criterio de la que goza el médico en aspectos relacionados con su profesión pues dichos criterios son la razón de ser y génesis del sistema de médico de empresa. "El personal que preste servicios de salud en el trabajo deberá gozar de plena independencia profesional, tanto respecto del empleador como de los trabajadores y de sus representantes..." (Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo. OIT. Convenio No. 161).

#### A.- Naturaleza e importancia para la empresa:

La profesión médica, tradicionalmente liberal y autónoma, se mantiene entre las de mayor prestigio y auge económico para muchos de los que la practican. Su relación hasta hace quince años con el Derecho del Trabajo había sido muy simple. Por los años de estudio y otros requisitos para poder graduarse como médico, esta profesión estaba reservada para unos pocos. Actualmente, tomando en cuenta la cantidad de profesionales en esta disciplina en Costa Rica (aproximadamente de 5000 a 6000 médicos), la profesión es aún, por su importancia y necesidad, privilegiada. Pese a ello en el campo laboral paralelamente a la figura del médico independiente apareció la del médico-empleado, trabajador del sector privado cuyo régimen laboral reúne una serie de características adicionales al primero. Esto no resta importancia a la profesión médica ni a la prestación de servicios que rinden estos médicos. "... el prestigio inherente a la profesión médica, junto a su acción benefactora y tutelar, confieren una gran autoridad al médico de empresa, pues sirve de lazo o puente de unión entre el patrón y el obrero, aproxima el uno al otro, y por este hecho constituye un elemento de conciliación de concordia y de comprensión recíproca. En ciertos casos puede corresponderle el papel de mediador, de pacificador". Esta nueva figura laboral ha provocado distintas innovaciones en la legislación costarricense. Así el reglamento que regula el sistema distingue su relevancia. " Artículo 2o. El presente reglamento tiende al establecimiento de un sistema, como un medio alterno y opcional de atención médica que propicie el uso racional de los recursos humanos, materiales y financieros de la caja, sin menoscabo de la calidad, cantidad y oportunidad de la prestación tradicional de los servicios médicos...". Esto permite a la empresa que se adscribe al sistema de médico de empresa tener un nivel de prestación de servicios, con recursos del Estado, equivalente a aquel que se brinda en clínicas de la CCSS. sin necesidad de salir del centro de trabajo.

## **B.- Carácter no subordinado del acto médico**

El acto médico, como se ha expuesto anteriormente, no puede ser objeto de subordinación. Asimismo no puede estar cubierto o tutelado por el contrato de trabajo, de acuerdo con las normas del Código de Trabajo costarricense. El reglamento del sistema en su artículo séptimo se encarga de especificar el criterio legislativo al respecto. "Se entiende que la empresa asume toda la responsabilidad derivada de la relación laboral o profesional con el personal que contrate para la prestación de los servicios, sean estos profesionales de las ciencias médicas, técnicos, administrativos o misceláneos. La Caja no asume responsabilidad alguna, de índole civil o de cualquier otro tipo, por el trabajo que desarrolle el médico en la empresa o en su consultorio particular...". En este sentido el médico es responsable directo, por la prestación o servicio que brinda (acto médico), ante los pacientes y ante la empresa.

En términos legales el médico de empresa es plenamente responsable de sus acciones. Inclusive en aquellos países donde es pagado directamente por el patrono, donde sigue siendo "médico de los trabajadores", solamente está obligado a responder ante su patrono en lo que respecta al uso del tiempo laboral, único aspecto que faculta al empleador para dar directrices al médico. En el ejercicio de su profesión el médico es totalmente independiente. Por consiguiente el empleador es responsable legalmente de la organización y funcionamiento del servicio de salud en el trabajo y deberá asumir la responsabilidad por cualquier falta o negligencia en esos apartados, pero a nivel personal el médico es responsable ante el patrono y los demás empleados. Puede invocarse su responsabilidad profesional ante el patrono en el momento en que dejare de cumplir sus obligaciones administrativas, es decir aquellas condiciones previamente aceptadas y por las cuales se le paga, pues configuran elemento esencial del contrato de trabajo. El incumplimiento de tales obligaciones puede causar daños graves a la empresa. La prueba fehaciente sobre un incumplimiento en este sentido, podría motivar el despido sin responsabilidad patronal del profesional. En la mayoría de los casos las autoridades responsables de la inspección médica del trabajo son los encargados de resolver las controversias de esta naturaleza entre patronos y médicos. Sin embargo, el empleador sigue siendo legalmente responsable por los perjuicios que puedan sufrir los trabajadores por mal funcionamiento del servicio. Por su parte, el médico, quien está subordinado al empleador en lo que respecta a la organización general del servicio de salud laboral, es personalmente responsable ante el trabajador de cualquier culpa profesional de la que pueda ser causante en sus actividades, es decir, de una culpa puramente profesional que haya provocado daño físico al trabajador (aparición de una lesión o empeoramiento de un padecimiento ya existente). La jurisprudencia francesa es bastante explícita en este sentido y contundentemente señala que el patrono (el cual está obligado a contratar los servicios de un profesional especializado en medicina del trabajo) es plenamente responsable de la organización del servicio. Señala también que el médico es el único responsable de las consecuencias derivadas del ejercicio de su profesión. El objetivo de la legislación y la jurisprudencia en este sentido es y debe ser el de salvaguardar la independencia profesional del médico con respecto al patrono, y eximir a este último de actividades puramente médicas que están fuera de su control, y sobre las cuales no puede disponer ni dar directrices. El patrono es responsable de su empresa y de los servicios médicos que forman parte de ella y el médico es el único responsable del desempeño de sus deberes profesionales. Vistas las condiciones de fondo podemos decir que si por ejemplo un trabajador contrae una enfermedad profesional y no cuenta con un servicio médico a raíz de que el empleador no brinda las facilidades para la manutención del mismo en la empresa, puede demandar al empleador por daños y perjuicios en vista de tal incumplimiento. En el caso de que haya sufrido perjuicio físico por un mal diagnóstico, puede reclamar una indemnización al médico, único responsable por fallas técnicas que el empleador no puede prever ni evitar. Los ayudantes del médico (enfermeras, secretarías, etc.) tienen las mismas responsabilidades que cualquier otro



empleado de la empresa. El empleador asume toda responsabilidad por culpa profesional del ayudante del médico debido a que este último es un empleado a sueldo.

El grado de independencia que tiene el médico del trabajo respecto de las presiones ejercidas sobre él por parte de empleadores y trabajadores ha sido objeto de estudio y polémica. El médico del trabajo debe tomar decisiones que repercuten económicamente sobre la dirección de la empresa y los trabajadores. Dichas decisiones pueden distinguirse en dos grandes grupos: la comprobación de la capacidad laboral de un empleado para una faena determinada y la evaluación de las condiciones de salud y seguridad en el medio de trabajo. El médico de empresa tiene la responsabilidad de responder por sus actos ante aquellas partes que puedan entrar en conflicto con él, pues se encuentra obligado con ellos por diversos elementos que configuran su relación laboral. Ante la administración debe responder por razones contractuales, a los trabajadores se encuentra unido por razones de ética profesional y por la relación médico-enfermo, a los poderes públicos debe responder por su posición de médico en ejercicio, ante las autoridades administrativas en aquellos países donde los servicios de salud laboral están regulados por ley, y en otros países también están obligados a responder ante los sistemas de seguridad social. "En los países socialistas la independencia del médico de empresa está en principio protegida por su naturaleza de funcionario del Ministerio de Sanidad, y su salario lo percibe del propio Estado, a través del presupuesto del Servicio Nacional de Salud". En los países donde los médicos se encuentran dentro de la planilla de las empresas, que son numerosos, la Inspección Médica tiene el deber de supervisar a los profesionales que laboran en la medicina de empresa. Actualmente existe unanimidad en el sentido de que no importa quien tenga a su cargo la responsabilidad financiera del costo de las instalaciones, del funcionamiento del servicio y los salarios, siempre y cuando las prerrogativas y obligaciones del médico estén bien definidas y que el profesional en medicina esté bien protegido frente a destituciones injustas o interferencias innecesarias en su trabajo. La Recomendación No. 112 establece la situación ideal del médico de empresa, el cual actuará como asesor del empleador y de los trabajadores, situación que resulta muy difícil de mantener si existen conflictos en la empresa.

Algunas legislaciones nacionales optan por los servicios de salud laboral en forma mancomunada para las empresas de tamaño medio y empresas pequeñas. En Bélgica y Francia las más recientes modificaciones legislativas en este campo han ido encaminadas a mejorar la calidad de los servicios de salud mancomunados. "Su objetivo es potenciar la eficacia de estos servicios en sus actuales puntos débiles, especialmente en lo que se refiere a la supervisión y control de los ambientes de trabajo, así como la integración del médico del trabajo en la empresa." En Finlandia se han hecho intentos de abordar esta problemática, debido al reciente establecimiento en esa nación de una estructura diversificada que abarca, paralelamente con servicios de medicina del trabajo de las grandes compañías, servicios de salud municipales y grupos privados. "En Noruega y en Italia se han empezado a establecer los servicios de salud laboral con criterios de territorialidad, característica propia de los países socialistas." En otros países los centros de salud del trabajo legalmente reconocidos sirven de apoyo a los servicios de salud en el trabajo y operan como servicios ellos mismos.

En aquellos países donde los servicios de salud laboral dependen de la iniciativa del empresario para su creación y donde éste es responsable de cumplir con los preceptos legales, el médico de empresa tiene las ventajas o prerrogativas de actuar como asesor del empresario y de que su autoridad se basa en su propia cualificación profesional y prestigio moral. Sin embargo en aquellos otros países donde la instalación del servicio es obligatoria y el médico de empresa es quien tiene la responsabilidad de proteger la salud de los trabajadores, sus poderes suelen no estar claramente definidos y ser de compromiso, lo cual hace que su tarea sea muy injusta cada vez que exista desacuerdo entre el personal y la dirección. Pocas legislaciones han dado carácter de

obligatoriedad a las decisiones del médico de empresa. "Una ley peruana (1972) y otra polaca (1974) contienen disposiciones claras a este respecto para los casos en que el médico del trabajo recomiende un cambio de puesto de trabajo de un operario por razones de salud". En Marruecos (1970) y Argelia (1975) son menos categóricos pues sus ordenamientos establecen dicha obligatoriedad pero no para cuestiones de medicina preventiva sino más bien para aspectos de medicina curativa. En la antigua República Federal Alemana (1962) se dictaron cláusulas de carácter preventivo pero aplicables en casos en que la salud de los empleados esté en peligro. "Esta ley capacita al médico de empresa para dar instrucciones al director de la fábrica cuando se trate de prevenir un riesgo inminente para la salud de los trabajadores". En Argelia el reconocimiento médico previo es de naturaleza vinculante. En este sentido la Recomendación de la OIT para la protección de la salud de los trabajadores No. 97 de 1953 establece que el empleo de trabajadores para la realización de tareas que impliquen riesgos especiales para la salud, deberán estar condicionados a las siguientes pautas:

- a) Un reconocimiento médico, efectuado antes o poco después de que el trabajador empiece a trabajar en dicho puesto.
- b) Reconocimientos médicos periódicos.

Entre los derechos del médico de empresa deben mencionarse las disposiciones relativas a las cualificaciones en el campo de la medicina del trabajo.

"La ley promulgada en la República Federal de Alemania en el año 1973 establece que una persona no podrá ser nombrada médico de empresa a menos que esté en posesión de un título de médico y que disponga de los necesarios conocimientos especializados en materia de medicina del trabajo; y además establece que el empresario capacitará al médico de empresa para que se forme adecuadamente respecto de las necesidades de la empresa."

En lo referente al status del médico del trabajo en el seno de la empresa la misma ley se ha encargado de subordinar directamente al médico de empresa o al especialista en seguridad del trabajo al director de la misma (gerente de recursos humanos). En caso de conflicto con dicho director, ambos tienen derecho de apelación ante el empresario.

### **C.- Obligaciones del médico de empresa:**

La finalidad de la medicina laboral es velar por la salud de los trabajadores en el mismo centro de trabajo. La legislación en esta materia varía de un país a otro, sin embargo, el ejercicio de tal servicio en las empresas implica la existencia de relaciones legales entre patronos y trabajadores.

"A nivel internacional la Recomendación número 112 de la OIT sobre Servicios de Medicina del Trabajo, de 1959; la Recomendación de 1962 de la Comunidad Económica Europea, nos permiten hablar de normas legales comunes y normas médico-legales, aunque la legislación nacional pueda variar."

Aunque las legislaciones nacionales varíen, las normas propuestas por dichas recomendaciones, insisten en las obligaciones éticas de los médicos y sus responsabilidades bajo la ley, problemas médicos y legales planteados por incapacidad, accidentes, enfermedades profesionales, así como problemas legales por muerte súbita en el lugar de trabajo.

El médico del trabajo tiene una serie de obligaciones de las cuales nunca puede quedar exento. Aunque su labor es esencialmente preventiva, siempre está ligado moral y profesionalmente al código de ética médica y a las normas legales aplicables al desempeño de su trabajo. En términos deontológicos, debe lograr respeto para el trabajador como persona. Debe facilitar la labor en



cuanto a primeros auxilios se refiere y debe guardar el respectivo secreto profesional sobre la naturaleza de la enfermedad que el trabajador puede estar padeciendo. Debe atender o dependiendo del caso brindar primeros auxilios a un trabajador que se cae o lesiona en el lugar de trabajo y participar activamente en toda campaña que tenga por finalidad resarcir el riesgo de dicha lesión o enfermedad, como por ejemplo instruyendo al personal en todo lo relacionado con la prestación de los primeros auxilios.

Todos los médicos, incluidos los médicos del trabajo, empleados para dar consejo a sus empleadores sobre las aptitudes que poseen los trabajadores para desempeñar sus funciones, están obligados a guardar el respectivo secreto profesional. El médico no está facultado, bajo ninguna circunstancia, para divulgar la presencia de ningún fenómeno patológico observado o descubierto durante una consulta o reconocimiento médico de la clase que sea. (previo, periódico, especial, etc.) Todas las actividades y funciones médicas del médico así como las de sus ayudantes están sometidas a las reglas del secreto profesional. Los expedientes y otros documentos relativos a la salud de un trabajador deben ser celosamente guardados y no pueden ser comunicados a ninguna persona, ni al patrono, sin el consentimiento del empleado. Esto último conforma los principios de respeto a la persona del trabajador y de confianza en el médico, los cuales se encuentran estatuidos en todas las recomendaciones internacionales sobre salud en el trabajo. Es por ello que los datos arrojados por cualquier reconocimiento o consulta médica carecen de validez a la hora de motivar una incapacidad laboral y obtener una baja por enfermedad. En el caso de las enfermedades y los accidentes profesionales, por el contrario, el médico debe fungir como informante ante las autoridades respectivas, rindiendo detallados diagnósticos de cualquier accidente que pueda sufrir un empleado.

Entre los deberes del médico de empresa encontramos los estipulados por las reglamentaciones médico-legales o regías de salud señaladas en las diversas legislaciones nacionales. Está obligado a comunicar los casos de enfermedad profesional o lesión a las autoridades competentes, en caso de que no lo haya hecho el médico particular del paciente. La omisión de dicha obligación por parte del médico podría acarrear perjuicios tanto para el empleado como para la empresa, por no tomarse una acción preventiva inmediata. La medicina de empresa está necesariamente coordinada con los sistemas de seguridad social, lo cual provoca en la práctica una serie de problemas médico-legales. Tales son los casos en los cuales las estimaciones externadas por el médico tienen consecuencias legales para el trabajador, por ejemplo, cuando se declara la aptitud de un hombre para trabajar o la incapacidad por accidente o enfermedad (profesional o no), o cuando a obreros minusválidos se les asignan otras tareas, o cuando un trabajador muere repentinamente en el lugar de trabajo. Los médicos son contratados por las empresas para velar por la salud de los trabajadores, mas no son requeridos para seleccionar. Por ello el médico da su opinión sobre la aptitud laboral de un empleado que puede ser aceptada o rechazada por el empleador. El patrono no está obligado a retirar a un empleado de su puesto, a menos que el puesto implique riesgos profesionales. Para poder decidir si un trabajador es apto o no para un puesto de trabajo, el médico debe basar su diagnóstico en toda una serie de datos y constantes biológicas que le permitan deducir con el mínimo margen de error si el empleado presenta o no condiciones de desadaptación para el trabajo. La legislación podría disponer que las disputas sobre incapacidades sean resueltas por las autoridades de la inspección médica. La compañía u organización de la seguridad social del trabajador es la encargada de declarar la incapacidad. Sin embargo el médico de empresa puede realizar una más justa apreciación del grado de incapacidad del empleado. Por ejemplo, puede certificar que la incapacidad del trabajador ha ido en aumento al declarar que el empleado sufre de una incapacidad funcional con repercusiones en su capacidad laboral. Puede también dar su opinión sobre si la lesión por la cual se reclama indemnización es atribuible a un riesgo profesional, esto último a petición del trabajador. Con frecuencia el médico es

el primero en detectar complicaciones debidas a alguna enfermedad profesional previa por la cual se haya concedido una indemnización. Algunos países cuentan con el sistema de reclasificación de empleados incapacitados. El médico debe tener conocimiento de cuales son los puestos de trabajo disponibles y acordes para estos trabajadores, con el propósito de colaborar en su readaptación. En el caso de muerte repentina del trabajador en el lugar de trabajo siempre es necesaria una investigación médica. El médico debe cerciorarse sobre si la muerte del empleado tuvo algo que ver con las condiciones de trabajo bajo las cuales se empleaba, con el fin de salvaguardar los intereses de los herederos del difunto. Con dichas investigaciones se podría llegar a la conclusión de que es necesario tomar nuevas medidas preventivas para contrarrestar un riesgo laboral hasta entonces insospechado.

## **b) EL CONTENIDO DEL CONTRATO**

[Fernández]<sup>2</sup>

El contenido de este contrato constituye el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden recíprocamente al médico y al paciente.

La obligación general y principal del médico está constituida por la prestación del acto médico que se materializa en los servicios de asistencia facultativa llevados a cabo con la debida diligencia, obligación que conlleva los deberes médicos de información al paciente y del secreto profesional.

La obligación esencial del paciente está constituida por la remuneración de los servicios prestados mediante el abono de los correspondientes honorarios. Al lado de esta obligación esencial el paciente debe de colaborar con el médico, cumpliendo con el tratamiento prescrito por el facultativo, ya que de dicha obligación puede depender el éxito o fracaso del mismo.

### **1. Obligaciones del médico**

Desarrollando el contenido del tipo general señalado, digamos que las obligaciones del médico con su paciente se desdoblán en tres tipos de deberes:

a) Los derivados de la propia ciencia médica y que se resumen en la obligación general de prestación de los servicios médicos con la debida diligencia, es decir, con arreglo a las reglas consagradas por la práctica médica.

Esta obligación general comporta la obligación de eficacia que a su vez está compuesta por los deberes profesionales de poseer los conocimientos médicos y los medios técnicos necesarios en función de la especialidad que se desarrolla, así como el deber de continuidad del tratamiento, es decir, la vigilancia posterior al mismo derivada de la evolución del paciente.

b) Los derivados de la comunicación que acompaña necesariamente la relación entre el médico y el enfermo y que da la dimensión humana a esta relación. Dentro de este apartado se contemplan los deberes de información al paciente y del secreto profesional.

c) Los derivados de exigencias administrativas en función de la constatación del proceso médico y de la certificación de determinados resultados derivados del propio proceso médico: son los

deberes de formación de la historia clínica del paciente y de la expedición de certificados médicos.

### **A) Deber de prestación de los servicios médicos**

La obligación principal y más general del médico es la de prestación de los servicios médicos con la debida diligencia y la exigible eficacia.

Esta obligación es asumida por toda la doctrina española como extranjera, afirmándose que la obligación primaria del médico es la de prestar asistencia al paciente y no su curación. El médico no se obliga a obtener para el enfermo la curación a ultranza, ni siquiera el alivio o la mejoría de su mal; no garantiza la eficacia del tratamiento o de la operación que emprende; puede incluso que su meta sea evitar la enfermedad aún no contraída, pues gran parte de la actividad médica se dirige no tanto o no sólo a curar, sino también a prevenir la enfermedad para evitarla, intensificando las prácticas de higiene y profilaxis, según hemos señalado al conceptuar el acto médico.

Esta afirmación nos pone en relación con la problemática de si la obligación del médico es una obligación de medios o de resultado, ya que el médico está comprometido a una obligación de hacer, cuestión ésta que hemos planteado ampliamente al analizar la naturaleza del contrato de servicios médicos, particularmente en los apartados referentes al contrato de arrendamiento de servicios, arrendamiento de obra o empresa y de nuestra posición en las conclusiones al respecto.

En efecto, de la división contractual relativa al contrato de servicios y al contrato de obra surge, a su vez, la distinción entre obligaciones de medios o de diligencia y obligaciones de resultado, identificándose la obligación de medios con el contrato de servicios y la obligación de resultado con el contrato de obra.

En nuestra opinión, la regla general es que un médico en el desarrollo de su función de prestación de servicios médicos no puede obligarse a obtener un resultado determinado acerca de la curación de un enfermo y comprometerse a rehabilitar su salud. En consecuencia, por lo que se refiere a las especialidades que tengan por finalidad la curación directa del paciente, el médico especialista queda vinculado por una obligación de medios y sería el caso de las especialidades de Alergología, Angiología y Cirugía Vasculuar, Aparato Digestivo, Cardiología, Cirugía Cardiovascular, Cirugía General y del Aparato Digestivo, Cirugía Maxilofacial, Cirugía Pediátrica, Cirugía Torácica..., entre otras.

Asimismo existen otras especialidades que aun no teniendo por finalidad fundamental la curación del enfermo, el ejercicio de las mismas y su prestación por el médico determina también en el caso de constituirse una relación jurídica con el paciente que comporta una obligación de medios, pues el facultativo, aunque no está obligado a la curación, tampoco está obligado a un resultado determinado. Este sería, por ejemplo, el supuesto de las especialidades de Medicina Preventiva y Salud Pública y Microbiología y Parasitología.

Sin embargo, a pesar de la regla general expresada, estimamos que existen una serie de especialidades cuya finalidad no es la curación del enfermo, sino que son el medio para lograr esta finalidad, ayudando como medio de diagnóstico, y el médico incluso viene obligado en alguna de ellas a la realización de una obra. En estos supuestos la naturaleza jurídica de la relación estimamos que es la de un contrato de obra y, por consiguiente, genera una obligación de resultado. Las especialidades que se encuentran en esta línea son: Análisis Clínicos, Bioquímica Clínica y Radiodiagnóstico, según hemos analizado.

También hemos considerado una serie de especialidades como casos o supuestos dudosos en cuanto a su consideración como generadoras de una obligación de medios o una obligación de resultado. En esta situación situamos las especialidades de Cirugía Plástica o Estética y

Reparadora, Farmacología, Anestesiología y Reanimación y, en general, aquellas especialidades cuya finalidad supongan simplemente la implantación de una prótesis en el caso concreto o que se refieran a la emisión de un informe relativo a la constatación de un hecho de tipo médico, pero a no a efectos de valoración como medio de diagnóstico.

Ahora bien, establecida la posibilidad de que la obligación pueda ser de medios o de resultado, lo cierto es que la obligación de prestación de los servicios medios es una obligación de hacer, que es la de prestar asistencia u otorgar los cuidados médicos correctos, que no son cualesquiera sino los exigibles con arreglo al estado de la ciencia en el momento de la prestación con la diligencia debida, entendidos en el más amplio sentido.

Ya hemos tenido ocasión de señalar que la Jurisprudencia francesa ha adoptado estos criterios con ocasión de la ya clásica Sentencia de 20 de mayo de 1936, pues en ella la Corte de Casación afirma la naturaleza contractual de la responsabilidad médica, haciendo implícitamente suya la distinción apuntada al clasificar la obligación del médico entre las obligaciones de medios, cuando afirma: «Considerando que entre el médico y su cliente se forma un verdadero contrato que comporta para el facultativo la obligación sino de curar al enfermo, sí la de prestarle asistencia y no cualquier asistencia, tal que parezca enunciar una atención ordinaria, sino concienzuda y atenta y salvo circunstancias excepcionales, conforme a las reglas del arte y la valoración incluso voluntaria de esta obligación contractual, es sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, es decir, contractual».

Es evidente que la práctica de la medicina es demasiado aleatoria, pues el diagnóstico, aun siendo un paso o diligencia lógica, con un margen de error escasísimo en muchos supuestos, en otros, sin embargo, se parte de unas hipótesis posibles que pueden desembocar en un grado muy alto de álea o suerte. Por otro lado, la terapéutica comporta una extensión muy amplia en su aplicación, en particular por los efectos secundarios de los medicamentos o de las técnicas a emplear con sus múltiples complicaciones que la hacen ineficaz para la curación del paciente en ocasiones; la índole o carácter de la propia enfermedad; en fin, múltiples factores que nos sirven, a título indicativo, para determinar su influencia decisiva o no en orden a la conformación del tipo de obligación, según hemos analizado en su momento.

El médico está comprometido por una obligación de hacer, reconociéndole, como hemos visto, una cierta libertad en su ejercicio por el principio de libertad terapéutica. Dado que dicha obligación de prestar asistencia facultativa ha de ser llevada a cabo con la diligencia debida, es decir, conforme a las reglas consagradas por la práctica médica y con arreglo al estado de la ciencia en el momento de la prestación surge, como derivada de esta obligación general, la obligación de eficacia que a su vez está compuesta por los deberes profesionales de poseer los conocimientos médicos y los medios técnicos necesarios en función de la especialidad que desarrolla el médico, así como el deber de continuidad del tratamiento, es decir, la vigilancia posterior al mismo derivada de la evolución del paciente.

Para ejercer diligentemente la actividad médica y con arreglo a las leyes del arte es necesario que el facultativo posea los conocimientos técnicos correspondientes, obligación que descansa en la naturaleza misma de la profesión médica, en el artículo 29 del Código de Deontología Profesional Médica, cuando prescribe que el médico tiene el deber y la responsabilidad de mantener actualizados sus conocimientos científicos y perfeccionar su capacidad profesional, y particularmente al tratarse de una relación contractual del artículo 1.258 del Código Civil, que impone que el contrato debidamente perfeccionado obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.



Hay que tener en cuenta que la *lex artis* señala una serie de reglas técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes, pero no siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar con la situación típica prevista por la ciencia médica.

En este sentido puede decirse que el contenido de la *lex artis* es variable, según las diversas circunstancias con que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal, ayudantes, etc. Pero dentro de estas circunstancias en que se encuentre y en relación al caso concreto que deba intervenir, las exigencias de la *lex artis* son siempre las mismas.

Es necesario precisar también que no cabe exigir de todos los medios la misma valía profesional, pues no se puede esperar el mismo conocimiento de los síntomas de una enfermedad bastante rara o de las últimas observaciones y técnicas médicas en el médico rural y en el médico especialista de un hospital, en el médico de medicina general y en el médico especialista en la materia..., etc.

De aquí surge la obligación del médico de consultar a otro colega o remitir el paciente a un especialista en determinados supuestos en que, por sus conocimientos, no puede lograr un adecuado diagnóstico, ya que el médico hoy en día no puede dominar todas las amplísimas materias que se integran en la medicina, surgiendo la responsabilidad médica por la omisión de la consulta a un especialista o incluso en el caso de haber remitido al paciente a ese especialista cuando con posterioridad el médico general no ha seguido los consejos o indicaciones del mismo.

Dentro de los deberes profesionales que se derivan de la obligación de eficacia o de la obligación general de prestar la asistencia facultativa con la debida diligencia es el de poseer los medios técnicos necesarios y en correcto estado para llevar a buen fin la prestación a la que se ha obligado.

Por ello la doctrina suele desglosar esta obligación en aspectos diferentes: a) En primer lugar, la obligación de cada médico de tener el material adecuado para que el trabajo que realiza pueda efectuarse en condiciones normales de diagnóstico y tratamiento, y b) La obligación de su mantenimiento en correcto estado de funcionamiento de los aparatos que utilice, siendo responsable de los perjuicios que los defectos de los aparatos, material o instrumental produzcan al enfermo. Dentro de esta faceta puede incluirse el deber de profilaxis, especialmente en centros hospitalarios, en evitación de contagios y epidemias, por lo que para prevenirlos deberán adoptarse las medidas de control necesarias sobre personas y objetos y que analizaremos al estudiar la responsabilidad hospitalaria. Por supuesto, entendemos estas obligaciones en función de las circunstancias personales del médico y su especialidad (Médico de Cabecera y Especialista, lugar de la intervención médica..., etcétera).

De ahí que el Código de Deontología Profesional Médica prescribe que, al aceptar el cuidado de un paciente, el médico se compromete a atenderle de acuerdo con las posibilidades de la ciencia y los medios a su alcance (art. 16) y, salvo fuerza mayor, el médico no puede ejercer su profesión en condiciones que comprometan gravemente la calidad de la atención y de los actos médicos (art. 27).

Finalmente, los deberes profesionales del médico se desarrollan en la obligación médica de continuidad del tratamiento, o atención médica continua, es decir, la vigilancia posterior del paciente según determine la evolución de su enfermedad. El médico que ha aceptado encargarse de la prestación de asistencia facultativa a un paciente debe asumir estos servicios médicos de manera continua y esta continuidad comporta jurídica y prácticamente un doble aspecto positivo y negativo:

El positivo se refiere a que el médico debe vigilar al enfermo en tanto que su estado lo requiera. Y

esta obligación existe en tanto en cuanto el paciente sea hospitalizado o se encuentre en su domicilio. Y desde el aspecto negativo se refiere a que el médico no debe de interrumpir la asistencia facultativa cualquiera que sea la naturaleza jurídica del vínculo que une al médico y al paciente, pues se deben distinguir dos supuestos diferentes, consistentes, el primero de ellos, en una intervención necesaria y obligada del médico, es decir, el acto médico impuesto, y el segundo en un tratamiento contractual y voluntario.

La intervención del médico debe continuarse hasta su terminación, ya que estamos en presencia de una obligación de tracto sucesivo o de ejecución continuada; la curación de un enfermo rara vez será obra de un momento, sino de un lapso de tiempo más o menos prolongado llamado proceso de la enfermedad durante el cual se sucederán los actos médicos en aras de la terapéutica para cuya indicada aplicación el facultativo ha obtenido el beneplácito del paciente.

Ante el supuesto de ausencias del médico, éste y, en su caso, el hospital o Institución hospitalaria, deberán tener previsto el médico sustituto o suplente para que siga atendiendo a los pacientes en el curso de su enfermedad, según determina el Código de Deontología Profesional Médica en los artículos 96 a 98, que se refieren a los médicos sustitutos.

## **B) Deber de información**

El deber del médico de informar al paciente del resultado de la exploración, del diagnóstico establecido, del tratamiento terapéutico aconsejable a realizar en el caso concreto, así como de los posibles riesgos y consecuencias que dicho tratamiento médico puede comportar, es una obligación establecida con carácter de generalidad por la doctrina y a la cual se le ha conferido un amplio relieve en la doctrina y jurisprudencia francesa, especialmente si el tratamiento consiste en una intervención quirúrgica.

A este respecto, el Plan de Humanización de los Hospitales del Insalud, y en concreto la Carta de Derechos y Deberes, en su punto 4 señala que el paciente tiene derecho a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, de todo lo relativo a su proceso, incluyendo diagnóstico, alternativas de tratamiento y sus riesgos y pronósticos que será facilitado en un lenguaje comprensible. Asimismo el paciente tiene derecho a recibir cuanta información desee sobre los aspectos de las actividades asistenciales que afecten a su proceso y situación personales.

En la misma línea el Código de Deontología Médica en sus artículos 18 y 22 determinan que el médico, siempre que le sea solicitado por su paciente, informará adecuadamente..., debiendo asimismo informar de cualquier medida diagnóstica o terapéutica, si ello le fuere solicitado por el enfermo. Asimismo también el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad.

Es necesario distinguir dos aspectos en la información médica: la información terapéutica y la información como requisito del consentimiento en su fase de adhesión al tratamiento prescrito.

En el primer supuesto, la información del médico se convierte en un instrumento necesario e indispensable dentro de la actividad terapéutica: explicación sobre la administración de un medicamento por el propio paciente, el régimen alimenticio a seguir, el reposo, etc., constituyen modalidades de información terapéutica de las que el médico no puede prescindir si no quiere infringir los deberes de diligencia que le impone el ejercicio de su profesión.

A este respecto, es muy claro el reciente Real Decreto de 26 de septiembre de 1984 (BOE de 29 de octubre de 1984) sobre regulación legal de las recetas médicas en el cual se prescribe que la receta médica constará de dos partes: el cuerpo de la receta, destinado al farmacéutico y el volante de instrucciones para el paciente. Este volante será separable y claramente diferenciable del cuerpo de la receta y en él se consignarán obligatoriamente, entre otros datos: la posología,

indicando el número de unidades por toma y día, duración del tratamiento, número de envases que se prescriben, vía de administración..., así como las advertencias que estime procedentes.

El segundo supuesto, es decir, la información como requisito del consentimiento para el tratamiento, se convierte en una obligación o deber médico de extraordinario relieve, ya que para que el paciente pueda consentir con conocimiento de causa tiene que ser previamente informado del tratamiento terapéutico aconsejado y sus consecuencia, en función de la exploración realizada en el mismo y el diagnóstico emitido. Este aspecto del deber de información exige adaptar la información a la capacidad del paciente y determinar el alcance de la misma en orden a establecer los límites del deber de informar.

En efecto, el paciente tiene, en principio, un desconocimiento de la técnica médica, ya que sobre este terreno se separa particularmente del médico por los conocimientos que éste posee, lo que hace entrar a las partes en planos evidentemente desiguales, señalando la doctrina que por más que el contrato implique un acuerdo de voluntades esencialmente libre, lo cierto es que de hecho existe una patente y notoria desigualdad entre el médico y el paciente.

El médico debe, pues, para informar, transformar los elementos técnicos para adaptarlos al paciente en función de la capacidad del mismo y explicarle unos conocimientos básicos que le sirvan para una comprensión más exacta que le aproxime a una representación lo más aproximada posible a la realidad. La información no debe de ser una información científica en todo su rigor. La Jurisprudencia francesa ha comprendido perfectamente la necesidad de realizar tal adaptación del médico a las circunstancias del paciente en la también clásica Sentencia de la Corte de Casación de 21 de febrero de 1961, cuando declara que el cirujano actuó diligentemente al emplear una expresión adaptable de la enfermedad a la comprensión de la paciente, ya que no hubiera tenido conocimientos para comprender el término médico, por lo que el facultativo ha dado una información simple, aproximativa, inteligible y leal para que la paciente pudiera tomar la decisión que ella estimara que debería de adoptar, lo importante es que la información permita comprender la situación, lo que en ningún caso debe de hacer es deformarla.

Nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de octubre de 1963, Sala de lo Penal, advierte ya de la necesidad de la información al paciente o, en su caso, a sus representantes legales, cuando en su quinto Considerando señala que: «...ya en plena operación, que se califica como hecho probado de alta cirugía, entrañando los máximos peligros que con harta ligereza ocultaron a los familiares del herido...», reflejando, como vemos, una parte conceptual del contenido del deber médico de informar, como es el de los posibles riesgos y consecuencias que el tratamiento médico puede comportar especialmente si el tratamiento consiste en una intervención quirúrgica, información que refleja, a su vez, uno de los dos aspectos que reviste cual es el de ser un requisito previo para la manifestación consciente del consentimiento. Esta información debe de ser sincera y suficiente para permitir al paciente o a su familia o representantes legales tomar una decisión con conocimiento de causa acerca de los riesgos normalmente previsibles y no sobre los que son absolutamente excepcionales, debiendo ahorrar al paciente toda clase de detalles técnicos.

Ello nos pone en relación con la segunda cuestión relativa al aspecto de la información como requisito previo del consentimiento, que es la referente a determinar el alcance de la información en orden a establecer los límites del deber de informar.

A este respecto, Barreiro señala que los límites del deber de información del médico pueden perfilarse, de acuerdo con Cierta sector doctrinal, positiva y negativamente. Desde una perspectiva positiva se señala que el médico ha de informar sobre las consecuencias seguras y los riesgos, que con cierto grado de probabilidades se dan según los conocimientos científicos y la experiencia médica en la clase de intervención a la que en el caso concreto se someterá el paciente.

El médico deberá informar, señala el citado autor, sobre las consecuencias y riesgos que razonablemente se pueden prever, es decir, aquellos que se conocen como «típicos». Desde una perspectiva negativa, el deber de información del médico se delimita al excluirse de esta obligación las consecuencias o riesgos excepcionales o atípicos, es decir, aquellos que, de acuerdo con la ciencia y la experiencia médicas, no son previsibles. Ahora bien, la delimitación doctrinal acerca del deber de información sobre los riesgos típicos y atípicos ha sido acogida con cierto excepticismo y consideraciones críticas, ya que es discutible acudir a la estadística para seleccionar los riesgos, cuyo número será variable, según quién, dónde y bajo qué circunstancias opere. En realidad, tales postulados sólo pueden entrar en juego razonablemente como meras pautas, que sirvan a los Tribunales de Justicia para delimitar el deber de información del médico.

De todas formas es evidente que no se puede dar al paciente un cuadro completo de los riesgos posibles con ocasión de cada tratamiento, pues convertiría la consulta en un curso de medicina que no sería deseable, por lo que la Jurisprudencia francesa, partiendo de la Sentencia de la Corte de Casación de 23 de mayo de 1983, establece que el médico debe suministrar una información clara y exacta, pero limitada a la evolución o a los riesgos normalmente previsibles en función de la experiencia habitual.

No obstante, hay determinadas circunstancias que pueden aconsejar o hasta imponer una reducción en el cumplimiento de este deber de información y también puede llegar a tener que renunciar a esa información en aras de la salud del propio paciente. En este sentido se indican por la doctrina como límites del deber de información los siguientes: En primer lugar, el médico no está obligado a informar cuando el paciente ya está informado, por ejemplo, cuando esté sometido a un tratamiento que ha sufrido anteriormente o que se trate de una persona que por razón de su profesión deba conocer las posibles consecuencias, como es el caso de un médico especialista en la materia. De todas formas estas excepciones es necesario admitirlas con cautela en función de las circunstancias del caso en concreto.

En segundo lugar, tampoco está obligado a informar el médico cuando el paciente renuncia voluntariamente a dicha información. A este respecto esta posible excepción es matizada en el Plan de Humanización de los Hospitales del Insalud en la Carta de Derechos y Deberes del paciente, cuando señala en su punto 4 que en caso de que el paciente no quiera o no pueda manifiestamente recibir información, ésta deberá proporcionarse a los familiares o personas legalmente responsables.

En tercer lugar, se señala como posible supuesto de omisión del deber de información aquél en el que la comunicación de la misma implicara un daño para la salud del enfermo, o un resultado desfavorable al tratamiento. Se trata, en este caso, de una situación extrema dentro de los casos sobre las restricciones o reducciones en la información que suministra el médico, con la diferencia de que en esta situación elimina totalmente la información, sobre todo en lo que afecta al diagnóstico, por ejemplo, si es de cáncer, a los riesgos de la intervención, o a la naturaleza misma de éste. Se encuentra el médico de nuevo en estos casos con el problema del conflicto de los dos intereses del paciente: su salud (el deber de asistencia del médico) y su libertad (el deber de información), según hemos visto, y es necesario para aceptar que el médico pueda prescindir de la información, que se trate de una situación grave de peligro para la vida o la salud del paciente.

El Código de Deontología Médica establece, por su parte, que, en principio, deberá revelarse al paciente el diagnóstico, no obstante puede ser legítimo no comunicar al enfermo un pronóstico grave o fatal, añadiendo que es deber del médico decir la verdad siempre a los familiares del paciente a menos que éste haya prohibido previamente esta revelación o haya designado las personas a las que debe hacerse (art. 25).

A nuestro entender nos parece más acertada, y para el tercer supuesto que analizamos, que para poder elegir libremente entre las opciones terapéuticas que se puedan presentar ante el caso determinado y para expresar un consentimiento consciente es necesario, en todo caso, la información correspondiente, salvo que la urgencia del tratamiento no admita demoras o que el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso actuará el mecanismo de la representación. De todas formas no puede establecerse una regla general absoluta, sino que habrá que estar al caso concreto en atención a las circunstancias subjetivas relativas a la situación personal, familiar, profesional, etc., del paciente y a las circunstancias objetivas derivadas de la mayor o menor oportunidad de la información, teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad.

Las consecuencias de una información deficiente o deformada, aun en el caso de que el paciente emitiera su consentimiento o adhesión al tratamiento, serían muy claras, ya que, llegado el caso, el enfermo podría impugnar tal precario consentimiento como viciado por error (arts. 1.265 y 1.266 del Código Civil) o, incluso, por dolo (art. 1.269 del mismo cuerpo legal) 266. En el caso de que hubiera una absoluta falta de información fuera de las hipótesis de excepción que hemos indicado podría originarse una responsabilidad civil en el médico que ha incumplido esta obligación o deber médico.

Señalemos, finalmente, que el deber de información puede referirse también a la fase relativa al alta médica, pues, según prescribe la reciente Orden Ministerial de 6 de septiembre de 1984, se establece la obligatoriedad de elaborar un informe de alta para los pacientes que hayan sido atendidos en un Establecimiento sanitario, público o privado, y hayan producido al menos una estancia, debiendo referir en cuanto al proceso asis-tencial el motivo del alta, el motivo del ingreso, resumen de la Historia Clínica y de la exploración del paciente, resumen de la actividad asistencial prestada al paciente, incluyendo los resultados de las pruebas complementarias más significativas, diagnóstico principal, los procedimientos quirúrgicos y las recomendaciones terapéuticas.

### **C) Deber del secreto profesional**

Una de las principales bases sobre las que se asienta la relación contractual entre el médico y el paciente para la prestación de los servicios médicos es la relación de confianza que se deben mutuamente. De ella deriva como una de las obligaciones del médico en el ejercicio de sus funciones el deber del secreto profesional y que se remonta a los orígenes mismos de la medicina como necesidad de asegurar a los pacientes las confidencias que el médico recibía.

Como orientación doctrinal puede conceptuarse la materia a que se refiere el secreto profesional médico como aquellas confidencias que por razón de profesión el médico reciba de sus clientes, conducentes a recibir a cambio un consejo, o un servicio correspondiente a esta profesión, no debiendo quedar restringido tan sólo a aquellas manifestaciones que el enfermo hace a su médico, sino a todas aquellas que el médico observe y conozca relacionadas con la enfermedad.

El fundamento de esta obligación ha sido objeto de controversias y han sido varias las posiciones mantenidas para encuadrar la razón jurídica de este deber médico, puesto que incluso ha querido verse una aplicación del contrato de depósito, en el que el enfermo deposita su confidencia o su secreto en las manos del médico, si bien es descartada en función de la corporalidad necesaria del objeto del contrato de depósito.

La tesis que prevalece es considerar el secreto médico como una de las obligaciones que derivan del contrato que celebra el médico y el paciente, aunque se entiende como un fundamento jurídico insuficiente, puesto que esta obligación no es sólo de carácter privado al ser la sociedad misma quien impone este deber confidencial. Por ello se mantiene como una regla de orden público al ser éste la traducción de las necesidades sociales y tener interés para la Sociedad entera, pero el secreto profesional médico se incorpora al contrato de servicios médicos, siendo necesario admitir

que está a disposición del paciente.

El Código de Deontología Médica regula minuciosamente este deber médico en el Capítulo VI, considerando esta obligación como inherente al ejercicio de la profesión de todo médico y que cubre todo lo que llega a su conocimiento, extendiéndose a todas las personas que le ayuden en su trabajo profesional (arts. 43 a 53). Asimismo la Carta de los Derechos y Deberes del paciente relativa al Plan de Humanización de los Hospitales de Insalud, señala en su punto número 3 el derecho del paciente a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso, incluido el secreto de su estancia en Centros y Establecimientos sanitarios, salvo por exigencias legales que lo hagan imprescindible. Evidentemente la transgresión de esta obligación constituye una fuente generadora de responsabilidad civil en función de los daños y perjuicios que por ello se ocasionen al paciente.

La Ley Orgánica de Protección al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen de 5 de mayo de 1982 declara en su artículo 7.º-4 que tendrá la consideración de intromisión ilegítima en el honor, la intimidad o la propia imagen la revelación de datos privados de una persona o familia, conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. No obstante, se admiten importantes excepciones a este deber médico por exigencias de tipo legal, pues la propia Ley Orgánica que regula la protección de estos derechos señala que no habrá intromisión ilegítima en los mismos cuando esté autorizada por la ley (art. 2.º).

En este sentido se admiten importantes limitaciones a este deber médico m, fundamentalmente por exigencias de tipo legal, siendo de reseñar principalmente la derivada del artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando cualifica la conducta del Profesor de Medicina, Cirugía o Farmacia que omitiera dar parte frente a los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, ya que están obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de Instrucción.

Asimismo son importantes los límites a este deber que pueden derivar de tomar las medidas profilácticas necesarias en el caso de enfermedades infecciosas a fin de evitar el contagio a otras personas, o que exista una autorización por parte del paciente que puede traducirse en la emisión de certificados médicos; en este sentido ya hemos señalado la obligación del médico derivada de exigencias administrativas en función de la constatación de un proceso médico y de la certificación de determinados resultados derivados del propio proceso médico, uesto que éste está obligado a constatar hechos muy diversos y numerosos, como, por ejemplo, la certificación de un nacimiento.

## **2. Obligaciones del paciente**

El paciente, con relación al médico, tiene una obligación esencial de remunerar a aquél los servicios prestados mediante el abono de los correspondientes honorarios. A esta obligación esencial y casi exclusiva puede añadirse a su lado el deber de cooperación del paciente para un mejor desarrollo de la labor del facultativo en función de la exploración y particularmente de la colaboración que debe de prestar para seguir el tratamiento propuesto.

La actividad profesional del médico se entiende y presume retribuida, aunque no lo sea necesariamente, pues puede otorgarse a título gratuito o benéfico y ya señalan las normas deontológicas que el médico es libre de prestar gratuitamente sus "ervicios por razones de amistad o benéficas (art. 76). A este respecto es de recordar lo que ya señalamos con relación a los médicos adscritos al servicio de la Cruz Roja Española por las dificultades prácticas que se plantean, ya que dichas Instituciones no tienen carácter de empresa y sus Estatutos se lonfiguran para fines de liberalidad y filantrópicos, lo cual dificulta el enmarque jurídico de la relación establecida con el médico y sus consecuencias.



Los honorarios médicos se fijarán, en principio, con absoluta libertad y acuerdo directo entre el médico y el paciente, teniendo en cuenta la importancia de las prestaciones, la propia notoriedad o prestigio del médico y otras circunstancias relacionadas bien con el paciente o con el propio acto médico.

De todas formas es admitido, con carácter de generalidad, que la remuneración debida al médico sea determinada anticipadamente a través de los denominados sistemas de iguala o forfait. La iguala es aquel acuerdo por el que el facultativo se obliga mediante tal remuneración determinada a prestar todos los servicios médicos necesarios a las personas previstas en el acuerdo. El forfait es el supuesto en el cual el médico fija anticipadamente la cuantía de sus honorarios para el tratamiento de una enfermedad determinada o para una concreta intervención quirúrgica.

Con relación a las diversas formas de ejercicio de la profesión médica pueden establecerse distintos sistemas de retribución. A título de ejemplo, el Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social de 23 de diciembre de 1966 fija la remuneración del personal médico con arreglo a varios sistemas de retribución establecidos en el artículo 29 y siguientes: Por cantidad fija por cada titular de derecho o beneficiario a la prestación de la asistencia sanitaria que tenga asignado cada facultativo; por sueldo; por cantidades fijas y periódicas, para el personal adscrito a determinados servicios jerarquizados, etcétera.

Asimismo se establecen una serie de retribuciones por urgencia y acumulación, por sustituciones, retribuciones complementarias por accidentes de trabajo, así como gratificaciones extraordinarias o indemnizaciones por gastos de material.

En la actualidad, la autonomía médica en materia de honorarios está muy limitada, pues los facultativos deben de respetar las tasas médicas establecidas o fijadas por la ley o previstas por los acuerdos a los que los médicos se han adherido, en virtud de relación contractual, con una institución hospitalaria o una sociedad médica en las distintas variantes que hemos analizado, remitiéndome en este punto a la variada y amplísima normativa reguladora de los distintos modos de ejercicio de la profesión, en la cual se fijan los diferentes honorarios retributivos en función del acto médico y del título de especialista que ostente el médico.

En cuanto a la obligación derivada del deber de cooperación del paciente puede considerarse ésta como parte del contenido obligacional del contrato en la generalidad de los casos, puesto que en muchos supuestos el éxito del tratamiento médico no será posible sin la cooperación del paciente. Ya hemos visto, por ejemplo, que el Real Decreto de 16 de septiembre de 1984 sobre recetas médicas establece que una receta se compone de dos cuerpos, uno de los cuales se refiere al volante de instrucciones para el paciente, con el fin de que éste cumpla con el tratamiento prescrito.

En caso de incumplimiento por parte del paciente de esta obligación cabría la resolución del contrato conforme al artículo 1.124 y particularmente la resolución unilateral del contrato, si bien el médico, como veremos en el siguiente apartado relativo a la extinción del contrato, debe de proceder a un preaviso a fin de que el enfermo no quede sin asistencia, pues, en otro caso, podría incurrir en responsabilidad. A este respecto señala la doctrina 276 que si los daños para el paciente derivan de su inobservancia a las instrucciones del médico es claro que no podrá exigirle al facultativo ninguna clase de daños y perjuicios, planteándose en la práctica la posibilidad de duda de si el mal sufrido tiene por causa un tratamiento inadecuado o un incumplimiento de éste por parte del paciente, debiendo tal duda resolverse pericialmente. En el caso de que de la prueba se desprendiera que los daños provenían tanto del incumplimiento por el paciente de las indicaciones del médico como de la actuación negligente de éste, podría existir una compensación de culpas admisible en determinados supuestos.

### **c) OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA O CUIDADOS MÉDICOS**

[Sánchez]<sup>3</sup>

#### **I. Algunas características**

La asistencia médica conforma una obligación positiva de hacer, ex artículo 1.088 del Ce. En efecto, el facultativo queda obligado a un *facere*, lo que significa que ha de prestar al paciente los cuidados y atenciones médicas necesarias, a fin de lograr la satisfacción de su interés. Dentro de esa actividad de asistencia, adquieren especial transcendencia los actos de diagnóstico y tratamiento.

El *facere* a que queda obligado el médico se caracteriza porque las cualidades personales de éste son, en la mayoría de ocasiones, determinantes en la celebración del contrato. Por decirlo de otro modo, existe un *intuitu personae* que nace de la confianza que el profesional inspira al paciente y que convierte dicha prestación en infungible.

A propósito de esta característica propia del contrato de servicios médicos, para el paciente no es indiferente la persona del deudor, pues en muchas ocasiones habrá elegido a ese facultativo y no a otro en atención a las cualidades que posee (por ejemplo, es un gran especialista en el tratamiento de una determinada dolencia).

Asimismo, la infungibilidad de nuestro contrato va a tener repercusiones en determinados ámbitos como comprobaremos seguidamente.

En primer lugar cabría plantearse si, pese al carácter infungible de la prestación de servicios médicos, es decir, su carácter personalísimo, el facultativo se puede servir de auxiliares o sustitutos en el cumplimiento de sus obligaciones.

En segundo lugar habrá que determinar, en caso de obtener una respuesta afirmativa, si es pertinente hacer responsable al médico si se causa un daño por aquéllos.

En las siguientes líneas, realizaremos un análisis más detallado del primer interrogante, dejando para la segunda parte de este trabajo el estudio de la otra, sin perjuicio de la utilidad que puede revestir adelantar algunas ideas.

En cuanto a la primera cuestión, se trata de vislumbrar si el deudor se puede valer de terceras personas en la ejecución de su prestación. Seguidamente, habremos de dilucidar si el carácter infungible de la obligación de asistencia, permite extender aquella posibilidad al contrato de servicios médicos.

Puede iniciarse nuestra reflexión reparando en el dato de la ausencia de una regulación general y precisa en nuestro Derecho de la precitada cuestión, salvo la referencia a este extremo en algunos preceptos aislados.

En relación a la doctrina, aparece en ésta una idea clara según la cual, el deudor se puede valer de auxiliares a fin de dar cumplimiento a su obligación, habida cuenta de que constituye una prerrogativa natural de todo obligado.

Bien es cierto que el carácter propio de nuestra obligación, esto es, su carácter infungible, puede resultar problemática. Es decir, si bien con carácter general y pese a la falta de regulación en nuestro ordenamiento, el deudor se puede valer de terceros auxiliares para la ejecución de su

obligación, las dudas surgen cuando se trata de una prestación personalísima.

En orden a buscar una respuesta razonable, de la doctrina parece deducirse un principio contrario a que el deudor se sirva de terceras personas para la ejecución de obligaciones de hacer personalísimas, mientras que, fuera de éstas, no habría inconveniente en ello. Recuérdese que en el contrato de servicios médicos es determinante la persona del deudor para su celebración lo que, en principio, podría servir de argumento para impedir que éste se valiera de terceros. Sin embargo, esta afirmación debe matizarse.

De una parte, sería demasiado rígido negar, incluso en el caso de prestaciones infungibles, una intervención de terceros como auxiliares del deudor. Realmente, éstos no ejecutarán la prestación «en lugar de» la persona que ha sido elegida por las cualidades que posee. Más bien al contrario, su actuación se limitará a una mera colaboración que, en ningún caso, puede desvirtuar el carácter infungible de la prestación.

Otros argumentos abonan esta solución. Es relevante al respecto el artículo 1.101 del Ce pues, como estima Ataz, es clara la amplitud con que se formula el incumplimiento de una obligación, no sólo por la concurrencia de dolo, negligencia o morosidad, sino también, cuando de cualquier modo se contraviniera el tenor de aquéllas. De resultas, se puede apreciar, prosigue el autor, que dicha contravención no tiene que provenir necesariamente de un hecho personal del deudor, sino también de las actuaciones de los auxiliares de los que se vale en cumplimiento de su prestación.

En esta dirección podemos traer a colación el Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra y, en concreto, su artículo 1.584 que consagra para el contrato de servicios, la posibilidad de que el deudor pueda valerse del auxilio de otras personas, salvo pacto en contrario, haciendo responder a aquél por la actuación de éstas.

Igualmente, a favor de dicha propuesta es relevante, en el ámbito del Derecho italiano, el artículo 2.232 del Codice Civile que, después de afirmar en su párrafo primero que el prestador de servicios realice personalmente la prestación asumida, admite en el segundo que se valga de sustitutos y auxiliares bajo su dirección y responsabilidad, si su colaboración fue consentida en el contrato, o si lo permiten los usos y no es incompatible con el objeto de la prestación.

A decir verdad, si salimos de la letra de la ley, en la práctica es lo que ocurrirá con más frecuencia, pues cuando el paciente celebra el contrato con el facultativo, es natural que consienta tácitamente que determinados auxiliares colaboren en el desarrollo de la prestación. En estos casos, como ha manifestado Cattaneo, la prestación no pierde el carácter de infungible, porque la confianza del cliente se extiende a los dependientes o colegas que el profesional pueda elegir como sustitutos o auxiliares. Efectivamente, se viene a producir una ampliación del carácter *intuitu personae* por cuanto éste existe, no sólo respecto al deudor como ejecutor directo, sino también en atención al dato de que puede dirigir un equipo digno de su confianza, teniendo en cuenta, además, que sus cualidades aseguran una buena elección de sus auxiliares al estar obligado a dirigir y controlar su labor. De resultas, la prestación permanece infungible.

Como consecuencia de la infungibilidad de la prestación médica, el principio de relatividad del contrato que se deriva del artículo 1.257 del Ce, sufre una excepción respecto a la regla general en virtud de la cual los contratos tienen eficacia entre las partes y sus herederos. Sin embargo, en el ámbito de nuestra relación contractual limita sus consecuencias a las partes intervinientes, esto es, al médico y al paciente, respecto a la prestación de cuidados médicos propiamente dicha.

De otra parte, se plantea otra cuestión importante derivada del *intuitu personae* y la consiguiente infungibilidad de la prestación de asistencia del facultativo. Nos referimos a la posibilidad de admisión del desistimiento unilateral por cualquiera de las partes.

Por lo que se refiere al paciente, no creemos que existan inconvenientes en aceptarlo, pues son las características de la presentación de asistencia junto con la confianza que tiene en el médico, lo que puede determinar, en su caso, la toma en consideración de este motivo para dar por finalizada la relación entre las partes.

A favor de esta propuesta, se ha manifestado la doctrina y la jurisprudencia. Más claramente, desde el punto de vista legal, el artículo 1.587 del Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra establece que «En los servicios que no tengan plazo de duración, cualquiera de las partes podrá desistir del contrato, comunicándolo a la otra con una antelación de seis meses salvo que del pacto o de los usos resultare otra menor».

Admitida dicha posibilidad, no deben desconocerse las consecuencias que dicho desistimiento puede producir a favor del médico como, por ejemplo, los honorarios correspondientes a los servicios prestados hasta ese momento, o la indemnización por los daños y perjuicios que esta decisión le puede ocasionar.

Respecto al facultativo, su posible desistimiento encuentra apoyo en algunos textos. Además del artículo 1.587 del Proyecto precitado, el Código de Deontología acepta el desistimiento del médico en su artículo 9.

Dicha alternativa obliga, sin embargo, a adoptar algunas cautelas para que no sea equiparado al incumplimiento contractual o al abandono. Fundamentalmente se exige la concurrencia de justa causa, puesto que la libertad del médico no es igual que la del paciente en este punto, a lo que debe añadirse, entre otras garantías, el preaviso a éste.

En último término, no cabe duda que la obligación de hacer que asume el médico, además de ser infungible es profesional. En este punto, participamos de la opinión de Díez-Picazo cuando pone su atención, al tratar dichas obligaciones, en la condición de la persona del deudor y en los servicios que se compromete a prestar.

Por decirlo de otro modo, el deudor como profesional que es, realiza una obligación que reviste el carácter de profesional.

## **II. Obligación de medios versus obligación de resultado**

Téngase en cuenta que al efectuar el análisis de las características más sobresalientes de la obligación del médico, hemos omitido conscientemente una de ellas para tratarla más extensamente a continuación. Nos referimos al dato de que la obligación de hacer del facultativo es, con carácter general, de medios. Seguidamente recordaremos las notas más significativas de esta distinción para, después, aplicarla a nuestro contrato.

### **1. Diferencias más significativas**

#### **A) Desde el punto de vista terminológico**

Cuando se aborda la distinción ya clásica, entre obligaciones de medios y resultado formulada por Demogue y que nuestra jurisprudencia ha asumido y perfilado en sus pronunciamientos, cabe destacar que, si bien la terminología más utilizada es la de obligaciones de medios y resultado, otros autores se acogen a otras denominaciones.

La primera impresión que suscita la diversidad terminológica es la falta de claridad existente. En efecto, los mayores problemas que se plantean en relación a estas dos categorías deriva, justamente, del hecho de su creación doctrinal, siendo la doctrina de los diversos ordenamientos

jurídicos, la que se ha ocupado no sólo de conceptualizarlas, sino también de configurar su régimen jurídico.

Sin embargo, compartimos la opinión doctrinal que entiende que la citada heterogeneidad conceptual, no debe ser obstáculo para detenernos en lo realmente importante, a saber, lo que desde el punto de vista del fondo entraña una y otra obligación.

### **B) Desde el punto de vista de contenido**

Realmente, el problema radica en fijar el facere al que se obliga el deudor. Pues bien, va a ser la diversa naturaleza de la prestación, el diferente objeto de la obligación, lo que va a permitir configurar, de modo distinto, el contenido de la prestación de hacer asumido por el deudor en cada una de ellas. Abundemos en esta cuestión.

Empezaremos por decir que, en las obligaciones de medios, el deudor está obligado al desenvolvimiento de una actividad diligente a fin de obtener un resultado. A mayor precisión, es pacífica la doctrina que mantiene que, en tales obligaciones, el resultado no está in obligatione, es decir, el deudor no puede garantizarlo porque existe un componente de incertidumbre. En consecuencia, su no obtención no constituiría, en principio, incumplimiento. Todavía más, que el resultado no esté in obligatione, no significa en absoluto que sea indiferente para las partes. Por decirlo de otro modo, poco sentido tendría el desarrollo de una actividad diligente, si se realizara al margen del resultado al que tiende pero que no se garantiza.

Por el contrario, en las obligaciones de resultado el deudor se compromete a la obtención de un resultado cierto que sí puede prometer, porque existe seguridad y certidumbre respecto a su consecución. En consecuencia, el resultado está in obligatione, al configurarse como un fin plenamente exigible a efectos de cumplimiento.

El anterior planteamiento no permite entender que la diligencia sea irrelevante en las obligaciones de resultado, sino que se impone como un deber accesorio, como un instrumento del deudor en la ejecución del resultado último debido.

La exposición precedente pone de relieve, que la diferencia entre obligaciones de medios y resultado mantiene intacto, en uno y otro tipo, el esquema a que responde toda obligación caracterizada por la existencia de la deuda y la responsabilidad.

A la luz de lo dicho, la diferencia entre los dos tipos de obligaciones radica en algo específico, es decir, en el comportamiento debido por el deudor. Esta diferencia en lo específico conduce a una forma distinta de determinar el cumplimiento.

### **C) Desde el punto de vista del cumplimiento y distribución del riesgo**

Del anterior planteamiento se deducen importantes consecuencias en materia de cumplimiento y distribución del riesgo.

Desde el punto de vista del cumplimiento, tratándose de una obligación de medios, la imposibilidad de asegurar el resultado obliga a tomar la diligencia como un valor de referencia a la hora de determinar su cumplimiento o incumplimiento. Efectivamente, el deudor cumple por el hecho de haber puesto los medios para obtener aquel resultado o, por decirlo de otro modo, no incumple si a pesar de desplegar aquellos medios dirigidos a la consecución del resultado, aquél se malogra.

A la luz de lo dicho, habrá que reconocer el cumplimiento de la obligación si el deudor ha actuado con la diligencia debida, aunque no se produzca la satisfacción del interés primario del acreedor, es decir, pese a que no se logre el resultado al que tiende aquella actividad.

Existe, pues, una diferencia entre el resultado debido próximo, que es el despliegue de una conducta diligente, y el resultado práctico ulterior al que se dirige el primero que, si bien está presente en las partes a la hora de contraer la obligación, queda fuera de ésta a efectos de determinar el incumplimiento. En consecuencia, el resultado debido concretado en una actividad diligente o resultado próximo y útil, permitirá reconocer que ha habido cumplimiento.

De otra parte, esa falta de realización del resultado determina, en uno y otro tipo de obligación, una diversa distribución del riesgo.

Por lo que se refiere a las obligaciones de medios, aquel riesgo recae sobre el acreedor. En consecuencia, al asumir éste el riesgo de la frustración del resultado esperado, el deudor conservará su derecho a recibir la contraprestación del primero, aunque no haya logrado la satisfacción del interés primario.

En cambio, en el ámbito de las obligaciones de resultado, el criterio a seguir a la hora de determinar un posible incumplimiento es un dato objetivo, a saber, la obtención del efecto práctico debido, que es la clave para la satisfacción del interés primario del acreedor. En razón a lo dicho, aparecen diferencias respecto a las obligaciones de medios, en el plano del cumplimiento y distribución del riesgo.

De una parte, en una obligación de resultado el deudor ha cumplido cuando ha obtenido, valga la redundancia, el resultado a que se había comprometido, porque en sus manos estaba el poder garantizarlo. Es decir, la satisfacción del interés primario del acreedor, que ahora no es contingente, permite establecer el cumplimiento de la obligación.

De otra parte, en materia de distribución del riesgo, éste recaerá sobre el deudor, de modo que si no alcanza el resultado debido, no tendrá derecho a recibir la contraprestación del acreedor.

#### **D) Desde el punto de vista de la carga de la prueba y la responsabilidad**

La pretendida diferencia por algún sector doctrinal, en cuanto al régimen de responsabilidad aplicable, según estemos en presencia de una obligación de medios o resultado, será objeto de un estudio más profundo en el lugar correspondiente. Por ello, en estas líneas plantearemos brevemente el problema.

Ante todo, es necesario distinguir dos momentos claves. El primero estará constituido por el hecho material del cumplimiento o incumplimiento, que no es condición suficiente, aunque sí necesaria, para dar paso al juicio de responsabilidad (imputabilidad o inimputabilidad del incumplimiento), que constituye el segundo momento fundamental. El incumplimiento conforma el presupuesto de la responsabilidad.

Constatado el incumplimiento de una obligación, el problema estriba en determinar si aquél es imputable.

Planteado así el problema, las dificultades comienzan cuando se pretende, por alguna doctrina, escindir el régimen de responsabilidad aplicable según estemos en presencia de una obligación de medios o resultado. Pues bien, los defensores de esta bipartición, abogan por considerar, a efectos de responsabilidad, suficiente o definitivo el incumplimiento en las obligaciones de medios sin dar paso a la contraprueba del caso fortuito o de la fuerza mayor. Si por el contrario se trata de una obligación de resultado, el deudor podrá liberarse mediante la contraprueba de alguno de los citados eventos.

Junto a la anterior posición, otro grupo de autores, representado básicamente por Jordano, se muestra partidario de mantener un sistema de responsabilidad unitario, con independencia de que se trate de una obligación de medios o resultado apuntando, entre otras razones, la inexistencia de

un régimen dual desde el punto de vista legal.

Tras esta breve introducción, donde hemos pretendido señalar las diferencias más sobresalientes entre las obligaciones de medios y resultado, es el momento de definir con más precisión la que asume el médico.

### **III. La obligación de medios del Médico**

#### **1. Introducción**

Por lo que se refiere a la obligación de asistencia o de cuidados médicos, con carácter general puede situarse entre las que se han definido como de medios. Esta es, por otra parte, opinión pacífica entre la doctrina que ha abordado la cuestión. Asimismo, la jurisprudencia incide reiteradamente, en relación a dicha obligación, en la afirmación de dicho carácter.

#### **2. Algunas cuestiones de interés, a propósito de la calificación de la obligación de asistencia médica como de medios**

##### ***A) La relevancia del criterio del «aleas». Su utilización por la jurisprudencia. Consecuencias***

Sin ánimo de profundizar con exhaustividad en los argumentos existentes para calificar la obligación de asistencia médica como de medios, únicamente

nos limitamos a suscribir este entendimiento, salvo en determinados supuestos en los que surge una obligación de resultado a cargo del facultativo.

Sólo vamos a repasar, escuetamente, algunas de las razones de mayor peso esgrimidas en apoyo de dicha tesis, lo que nos permitirá entrar, a su vez, en determinados criterios que se suelen utilizar por la doctrina para verificar cuando la obligación es de medios o resultado. En particular, vamos a ahondar en el carácter aleatorio en la obtención del resultado, que servirá para definir, como de medios, las obligaciones en que exista un alto componente de aleatoriedad.

Efectivamente, el carácter aleatorio que reviste la obtención del resultado, esto es, la curación del paciente, ha sido tenido en cuenta por la doctrina para conceptualizar la obligación de asistencia médica como de medios.

Realmente, dicha curación, con todas las probabilidades de llegar a obtenerse, no se puede asegurar en su totalidad, ni siquiera en los supuestos de intervenciones menores. Por decirlo de otro modo, si bien este resultado requiere unos cuidados médicos correctos, depende de otros factores ajenos a esa asistencia, de tal modo que se puede frustrar aunque el profesional de la medicina haya actuado de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, si alguno de estos elementos actúa negativamente. Piénsese en la disposición anímica, hábitos, edad, herencia genética o complicaciones ante las cuales la Medicina no tiene una respuesta, que constituyen el denominado factor reaccional del paciente.

Aceptada, pues, la relevancia del criterio del aleas para la conceptualización de la obligación de asistencia médica como de medios, resta cuestionarse la valoración que ha de hacerse de dicha aleatoriedad cuando el facultativo puede garantizar el resultado (por ejemplo, en las intervenciones menores). Dicho de otro modo, se trata de dilucidar si esa aleatoriedad, por mínima que sea, permite conceptualizar dicha obligación como de medios. Antes de decantarnos por una opinión, veamos algunos casos en que se ha planteado esta cuestión.

En primer lugar, es revelador el recurso de casación resuelto por la STS de 13 de julio de 1987, relativo a un caso en que un menor, tras ser sometido a una intervención de amigdalectomía, sufrió un paro cardíaco cuya última secuela fue una tetraplegia permanente. Tras la pretensión de los



padres de que el estado de su hijo fue consecuencia de dicha intervención y su desestimación tanto en primera instancia como en apelación, el Tribunal Supremo recondujo la lamentable consecuencia sobrevenida a un supuesto fuera de toda previsión, [...] en el estado actual de la ciencia médica (FD 3.º), sin constar acreditada ningún tipo de negligencia por parte del personal facultativo.

En la misma línea, cabe referirse, entre otras, a la STS de 20 de febrero de 1992 (RA 1326). Se refiere a un caso en que se formula demanda de reclamación de daños frente al médico, por los derivados tras administrarse una inyección en el nervio ciático, al encontrarse éste fuera del lugar al que le corresponde anatómicamente.

En este supuesto, también el Alto Tribunal desestima el recurso de casación planteado, afirmando, entre otras cosas, que queda excluida la existencia de una responsabilidad objetiva en el ámbito sanitario, que no se ha acreditado la existencia de culpa por parte del paciente y éste no advirtió al médico de la distinta ubicación del nervio ciático. Finalmente, concluye recordando que la obligación que asume el médico es de medios.

Por nuestra parte, si bien es cierto que el factor reaccional del paciente se manifiesta incluso en las operaciones más sencillas, no suscribimos el razonamiento del Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero de 1992, cuando hace recaer sobre el paciente las consecuencias imprevisibles de dicho actuar, sobre la base de que éste no advirtió al médico de la distinta ubicación del nervio ciático. Naturalmente, si ya para los facultativos la diversa situación del nervio será, probablemente, un evento imprevisible de muy difícil determinación, ¿cómo se puede esperar que el paciente pueda tener conocimiento de esta situación?

Asimismo, el Tribunal Supremo se escuda, para hacer recaer sobre el paciente las consecuencias imprevisibles o aleatorias de la actuación médica, en el carácter de medios de esta obligación, siendo además aquél quien deberá demostrar la culpa del profesional de la medicina. Obsérvese, que por esta vía se puede llegar a una peligrosa generalización, en el sentido de que toda obligación que contraiga el médico se considere siempre de medios, lo que no siempre es correcto.

Desde nuestro punto de vista, hubiera sido más deseable que el Alto Tribunal hubiera utilizado una argumentación distinta, aunque hubiera llegado a la misma solución. Dicho de otro modo, hubiera sido más conveniente, al menos desde el punto de vista jurídico, argüir que dicha actuación (la administración correcta de una inyección) conformaba una clara obligación de resultado, puesto que el médico (e incluso una enfermera) puede garantizar dicho resultado. Ahora bien, el evento imprevisible para el médico, que no tiene que conocer ni advertir el paciente, relativo a la ubicación del nervio ciático fuera de lugar, hubiera servido para exonerarle de responsabilidad, al poder encuadrarse en la existencia de caso fortuito.

Naturalmente, aunque se trate de una obligación de resultado, no podemos rechazar, incluso en tales hipótesis, un riesgo normal. De este modo, se puede favorecer la posición del acreedor, que no tendrá que demostrar la culpa del médico como hecho que constituye el incumplimiento en las obligaciones de medios, sino que, ante la no obtención del resultado, será el deudor quien deberá acreditar el caso fortuito para quedar liberado de responsabilidad.

Por lo antedicho, hemos de terminar advirtiendo que no es conveniente excederse en la utilización del criterio de la aleatoriedad, por cuanto puede llevar a una generalización peligrosa dirigida a la conceptualización de toda obligación del médico como de medios, incluso en casos muy próximos o generadores de una obligación de resultado.

Probablemente la tendencia antedicha está degenerando en una equiparación peligrosa de todo riesgo normal, con la aleatoriedad que caracteriza la obligación de medios. Obviamente, el riesgo

normal de no obtener el resultado está presente en las más genuinas obligaciones de resultado (por ej., un contrato de transporte o, en nuestro ámbito, una operación de amigdalectomía o la administración de una inyección).

Con todo, pueden surgir problemas a la hora de decidir en qué momento el riesgo normal de no obtención del resultado deja de ser tal para aproximarse a la aleatoriedad. Consecuentemente, ello debe determinar una distinta calificación de la obligación del médico como de medios o de resultado, que operará a posterior.

***B) Correlación entre el contrato de servicios y la obligación de medios. Breve alusión a la posibilidad de que aquél integre obligaciones de resultado. Consecuencias***

La calificación de la obligación de asistencia médica como de medios, está en íntima relación con el encuadre de la relación jurídica entre el médico y el paciente en el arrendamiento de servicios del artículo 1.544 Ce, o mejor dicho, en el contrato de servicios que une a ambas partes, frente al contrato de obra que origina una obligación de resultado. Tan es así, que la doctrina moderna ha llegado a formular la existencia de los contratos de resultado y de actividad, generadores de obligaciones de resultado y medios, respectivamente, superando la nomenclatura clásica de arrendamiento de servicios y de contrato de obra.

La única duda que suscita el anterior planteamiento, estriba en determinar si es posible que el contrato de servicios médicos del que nace, como norma general, una obligación de medios, pueda incorporar concretas o parciales obligaciones de resultado, lo que, dicho sea de paso, ha sido utilizado por la doctrina para la crítica a la distinción entre obligaciones de medios y resultado.

A nuestro entender debe admitirse dicha posibilidad, sin que por ello quede desvirtuada ni la distinción referida, ni siquiera la misma conceptualización de la obligación del facultativo como de medios, puesto que esas parciales obligaciones de resultado serán, en la mayor parte de hipótesis, medios para la consecución del resultado potencial de la curación. Todavía más, tales obligaciones se incardinan en la más general de medios y forman la estructura o trama de la obligación principal.

Efectivamente, cuando el facultativo trata a su paciente (por ejemplo, para la extirpación de un quiste), le prescribirá determinadas pruebas que, en realidad, conforman obligaciones de resultado (piénsese en análisis de sangre o radiografías). Sin embargo, su peculiaridad consiste en que son un instrumento para lograr la satisfacción del interés primario del paciente, a saber, su recuperación.

Asimismo, por el hecho de que dichas obligaciones se integren en el contrato, no se puede concluir que el médico se comprometa a curar al paciente, esto es, que haya asumido una obligación de resultado con carácter general.

Otra cosa distinta, es que el incumplimiento de la obligación de medios globalmente considerada haya venido determinado, bien por la realización negligente de la misma obligación de asistencia (por ej., la defectuosa extracción del quiste porque se olvida una gasa en el cuerpo del paciente), bien por el incumplimiento de alguna de las de resultado (por ej., un error en la realización de los análisis clínicos a fin de determinar el carácter benigno o no del quiste).

Si retomamos la segunda de las hipótesis planteadas, es plausible que el incumplimiento de la prestación de medios se produzca por una incorrecta ejecución de una de las parciales obligaciones de resultado lo que, obviamente, nos sitúa en el ámbito del incumplimiento y su prueba. Pues bien, la peculiaridad radica en el dato de que la demostración de este hecho resulta más fácil para generar responsabilidad, salvo la prueba del caso fortuito.

***C) La diligencia profesional exigible al médico***

Otra de las cuestiones de interés que suscita la calificación de la obligación del profesional de la medicina como de medios, es la diligencia con que se debe ejecutar. En las próximas líneas nos detendremos en esta cuestión y, en especial, en el modelo de diligencia exigible al médico para, a continuación, hacer un breve repaso de las conductas que derivan de dicho modelo. A tal fin, nos vemos obligados a rescatar el carácter profesional de la obligación del médico.

En primer lugar, vamos a ahondar en el patrón de referencia o modelo de conducta que debe seguir el facultativo en el cumplimiento de su actividad. Surgen así algunos interrogantes. ¿Qué caracteres reviste la diligencia que le es exigible?: ¿La diligencia del buen padre de familia del artículo 1.104 del Ce, o es necesario buscarla fuera del citado texto legal?

**a) El artículo 1.104 del Código Civil. Cuestiones generales**

El punto de partida obligado es el artículo 1.104 del Ce. Este precepto se ocupa de fijar los modelos exigibles al deudor en su conducta y, por ende, lo que debe entenderse por culpa que, a grosso modo, sería la negación u omisión de la diligencia debida.

De otra parte, con esta norma se pretende restringir la discrecionalidad del deudor al señalarle un modelo de conducta<sup>36</sup>, para lo cual se ha prescindido de graduaciones sobre la culpa<sup>37</sup>.

Hechas estas aclaraciones previas, podemos comenzar por lo más sencillo, como es resaltar que el citado precepto se compone de dos párrafos aparentemente contradictorios, lo cual se debe a la diversa fuente en la que cada uno de ellos se inspiró.

A partir de aquí, comienzan los problemas, principalmente, en lo relativo a la relación entre los dos párrafos. Probablemente, esta sea la razón por la cual el artículo 1.104 se ha entendido de diversas formas por la doctrina que ha afrontado su estudio. Entonces surgen las dudas. ¿Habría que determinar la diligencia conforme a las circunstancias de la obligación, tiempo y lugar y, sólo en su defecto se exigirá la del buen padre de familia como modelo abstracto, o el orden de preferencia debe entenderse al contrario? Para dar contestación a este interrogante, han surgido numerosas formas de entender la relación entre los dos párrafos.

Lo más destacable, es que se ha pretendido dotar de uniformidad o compatibilizar ambos apartados pues, a primera vista, lo único que resulta claro es su contradicción. Se ha dicho entonces, que para lograr mayor unidad lógica y, en definitiva, para dar un sentido conjunto a los dos preceptos, debe partirse de la primacía del modelo abstracto del buen padre de familia del párrafo segundo del artículo 1.104.2.º, de modo que el apartado primero que contiene el modelo concreto, serviría para concretar la diligencia del buen padre de familia, o sea, el modelo abstracto a las circunstancias de la propia obligación. Por decirlo de otro modo, el modelo abstracto del *bonus pater familias* se verá determinado por el del párrafo primero.

**b) La diligencia profesional. Vías para su encuadre en el Código Civil: como diligencia del b.p.f adaptada a la naturaleza de la prestación, o como diligencia derivada del modelo profesional ex artículo 1.104.2.º**

Dando un paso más, téngase en cuenta que el médico ha de ajustar su actuación al modelo de conducta del buen profesional. Se trata de dilucidar ahora, si esa diligencia de carácter profesional, como la obligación, puede ser encuadrada o no en el artículo 1.104. Pues bien, es plausible extraer de dicho precepto la diligencia exigible al profesional en el contrato de servicios médicos. A esta solución es posible llegar desde dos razonamientos.

Desde una primera perspectiva, cabe incluir el criterio de la diligencia del buen profesional dentro del abstracto del buen padre de familia. Es decir, la pericia es, precisamente, el modelo del buen padre de familia. Ciertamente, la propia naturaleza de la obligación médica permite adaptar o

modular el criterio genérico del buen padre de familia. Por decirlo de otro modo, en atención a la propia naturaleza técnica de la prestación, la diligencia del buen padre de familia es la del buen profesional en el contrato de servicios médicos.

Se pone así de manifiesto el carácter relativo de aquel modelo o, mejor dicho, su elasticidad o amplitud que, a la postre, lo convierten en una especie de índice o referencia a concretar según las circunstancias en que se desarrolle la actividad. En consecuencia, la diligencia viene determinada en función de los grupos o clases en cada actividad del tráfico, de manera que es cada grupo el que crea su modelo de diligencia.

En apoyo de este planteamiento, debemos recordar el artículo 1.176 del Código Civil que, después de afirmar en su apartado primero que se debe exigir en las obligaciones la diligencia de un buen padre de familia, especifica en el segundo, respecto a las obligaciones profesionales, que aquélla ha de valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercitada.

Desde una óptica distinta, cabe extraer del artículo 1.104 Ce la diligencia exigible al profesional aunque, ahora, al margen del modelo abstracto del buen padre de familia. En efecto, aquélla se va a deducir del artículo 1.104.2.º, pero sin tomar como punto de partida el modelo abstracto del buen padre de familia adaptado a la naturaleza de la prestación, como se proponía en las líneas anteriores. Es Badosa quien proporciona razones suficientes para dicho entendimiento. Repasémoslas.

Primeramente, debe tenerse presente el modelo abstracto, que no es el del buen padre de familia, sino el del profesional en la actividad debida, representado por las reglas técnicas de un oficio determinado.

Sentado lo anterior, cabe cuestionarse de dónde procede este modelo del profesional, puesto que el Código Civil sólo se refiere al del buen padre de familia. Al respecto han de hacerse dos aclaraciones.

De una parte, debe repararse en la supletoriedad del modelo del buen padre de familia en el artículo 1.104.2.º, por cuanto entrará a determinar la diligencia exigible en la obligación con carácter supletorio. Esto significa que dentro de este precepto tiene cabida de una manera implícita el modelo abstracto de la pericia.

De otra parte, es preciso preguntarse cómo se expresará en la obligación la vigencia del modelo abstracto del profesional. En otras palabras, ¿será necesario fijar claramente, es decir, expresar «expresamente», valga la redundancia, dicho modelo o, por el contrario, es suficiente que se derive de la misma naturaleza de obligación? Dar una respuesta a esta cuestión, no es más que buscar una interpretación coherente al término «exprese» del artículo 1.104.2.º

Encontramos nuevamente una respuesta válida en la obra de Badosa, para quien es suficiente que de la misma obligación se deduzca que fue asumida en concepto de calidad de experto o perito. Sería correcto afirmar que, tácitamente, se incluye el modelo del buen profesional desde el momento en que el acreedor conoce las cualidades y aptitudes del deudor.

Igualmente, será posible la graduación del modelo del profesional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, al igual que ocurría con el modelo del buen padre de familia, lo que nos sitúa en la denominada *lex artis ad hoc*.

En otro orden de cosas, situados en el ámbito de la jurisprudencia, ésta tiende a seguir este razonamiento, al encuadrar la diligencia exigible al médico dentro del artículo 1.104.2º Ce. Pero aparece clara una idea, a saber, que esa diligencia no será la del individuo lego en la materia, sino la profesional derivada de su especialización de conocimientos que las circunstancias exijan.

c) Breve referencia a la *lex artis*. En particular, su función como módulo rector de la actividad médica

Se impone, a continuación, una mayor concreción de la diligencia que el facultativo debe desplegar cuando presta sus cuidados al paciente. Se trata, venimos diciendo, de una diligencia profesional. Pero ¿en qué consiste ésta? Pues bien, es aquí donde adquiere plena virtualidad el concepto de *lex artis*. Detengámonos por unos instantes en él.

Ciertamente, la diligencia profesional exigible al médico le obliga a actuar conforme a la *lex artis*, esto es, a desarrollar su obligación en atención a un conjunto de reglas, principios o pautas según el estado de los avances técnicos. Obsérvese, que el criterio de la *lex artis* hace referencia a un conjunto de reglas universales de actuación, a unos «estándares» aceptados y aprobados por la generalidad de la comunidad científica que el médico debe respetar en su actuación.

Hasta aquí llegaría una somera referencia al concepto usual de *lex artis*. No obstante, este planteamiento puede resultar insuficiente por sí mismo, precisamente, por la generalidad que lleva implícito, toda vez que las diversas situaciones y circunstancias concurrentes en la actividad médica generan una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión que ha propiciado la expresión «para cada acto una ley». Expresado en otros términos, las particularidades de cada supuesto influyen en la determinación de la regla técnica aplicable al caso, llegando a acuñarse el término *lex artis ad hoc* por la doctrina y jurisprudencia.

En consecuencia, de lo dicho hasta ahora puede concluirse que la *lex artis* o, mejor dicho, la *lex artis ad hoc*, posee una función fundamental, a saber, la de ser criterio o módulo rector o director de la actividad médica.

Y precisamente, por ser un criterio rector de la actividad médica, al constituir el estándar de conducta del buen profesional, la *lex artis* posee otra función de gran importancia, consecuencia de la anterior, que adquiere toda su virtualidad en los procedimientos de responsabilidad médica. Efectivamente, los Jueces en los citados litigios, para saber si el facultativo ha actuado de acuerdo al comportamiento técnico del buen profesional, van a recurrir, obviamente, a la *lex artis* que se convierte pues, en criterio de enjuiciamiento de responsabilidad. Es decir, el Juez valora la conducta del médico a partir del concepto de *lex artis*, a fin de determinar si su actuación se ha ajustado o no a él. Por tratarse ésta de una cuestión que incide frontalmente en la responsabilidad del médico por cumplimiento defectuoso de su obligación de asistencia, será tratado con más detalle en el lugar correspondiente.

#### ***D) Algunas conductas derivadas del modelo de diligencia profesional***

Situado nuestro análisis en la obligación principal de asistencia médica, hemos de hacer un breve repaso de las conductas más significativas, derivadas de la diligencia que debe desplegar el médico en su ejecución. En este punto, suscribimos la opinión de quienes estiman que tales conductas no poseen sustantividad propia, sino que no son más que manifestaciones concretas del deber genérico de cuidados al paciente, salvo en relación a la obligación de poseer medios técnicos que, si bien conforma una derivación de la diligencia exigible, existe una tendencia en la doctrina a conceptualizarla como de seguridad-resultado, independiente de la de asistencia médica. Detengámonos en ellas por unos instantes.

##### **a) Obligación de conocimiento**

La obligación de competencia, eficacia o conocimiento del profesional de la medicina, se contempla de manera precisa en el artículo 21.1 del Código de Deontología, a tenor del cual «Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad científica y humana. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional,

comprometiéndose a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico del momento y las posibilidades a su alcance».

Igualmente, el artículo 7 de la LGS recoge explícitamente esta obligación cuando expresa que «Los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad».

El referido deber se concreta en la necesaria posesión de conocimientos para desempeñar con la diligencia debida la prestación de cuidados médicos, que conlleva un deber de actualización de aquéllos, de acuerdo a los avances de la Ciencia médica, como expresa el Código de Deontología en su artículo 23.

Asimismo, muestra de la importancia de la actualización de conocimientos sobre la que, dicho sea de paso, ha mostrado un gran interés la doctrina italiana, es la obligación que recae sobre la Organización Médica Colegial de promover, por todos los medios a su alcance, la constante mejora del nivel científico de sus colegiados tal y como se prevé en el artículo 3.3.º de los Estatutos Generales de aquélla.

Obligación de conocimiento o presunción de competencia y correlativo deber de actualización. Mas de este modo no quedan agotadas todas las cuestiones que desde esta perspectiva se plantean. Hagamos dos matizaciones.

De una parte, no cabe exigir la misma competencia a todos los facultativos. Así, no sería justo esperar idénticos conocimientos de un médico de cabecera que realiza su función en el ámbito rural, que del especialista que desempeña su actividad en una gran ciudad disponiendo de dotados hospitales.

Ciertamente, la posesión de unos conocimientos adecuados al estado de la Ciencia que, dentro de un límite mínimo exigible pueden variar, según se trate de un médico rural o de un especialista, son esenciales en la medida en que van a influir en la correcta ejecución de la prestación principal. Es decir, son un presupuesto ineludible para la realización diligente de la obligación de cuidados médicos. Y a la inversa, la falta de dichos conocimientos, calificados como impericia, determinarán la existencia de culpa.

De otra parte, la obligación de conocimiento está fuertemente condicionada por la diversidad de ámbitos para ejercer la medicina en la actualidad, es decir, por la complejidad y división de ésta en múltiples ramas, lo que impide que el facultativo esté constreñido a dominar todas y cada una de ellas.

Desde el punto de vista práctico, esta cuestión adquiere gran trascendencia en los casos de actuación en equipo, donde surge la necesidad de delimitar el ámbito de funciones de cada uno de estos especialistas (por ej., cirujano y anestesista). En efecto, será preciso circunscribir el campo de actuación profesional de cada uno de los especialistas intervinientes, para individualizar las obligaciones propias de cada uno respecto a su paciente. Pero es que además, la función exigible a cada uno en atención a su especialidad, servirá para determinar, en su caso, la culpa o ausencia de ella.

Para concluir, cabe hacer una breve mención de una cuestión que hemos adelantado en las líneas precedentes. Nos referimos a las consecuencias de la falta de dichos conocimientos, esto es, a la impericia.

Empezaré por decir, que el incumplimiento de la obligación de eficacia en el sentido de presunción de conocimientos y, por consiguiente, la falta de aptitud para el ejercicio de la profesión, constituye

impericia que conforma una forma de especial de culpa. Veamos por qué.

Si, en términos generales, se define la culpa como la omisión de la diligencia debida, sería posible incurrir en ella, no sólo en los casos en los que el facultativo, aun poseyendo todos los conocimientos de su profesión, los omite o no los aplica de acuerdo a la *lex artis ad hoc*, sino también cuando carece de éstos, de modo que, por mucho cuidado que ponga en la ejecución de la obligación, difícilmente la podrá cumplir.

Consecuentemente, el deber de conocimiento va a influir decisivamente en la ejecución de la prestación y, a la inversa, puede determinar su realización de manera negligente.

**b) Obligación de consultar a otro facultativo o, en su caso, de remitir al paciente a un especialista**

Enlazamos así con la siguiente conducta que debe seguir el facultativo como manifestación genérica de su obligación de cuidados médicos. Hay que tener en cuenta que, aun presuponiendo su competencia, es verosímil que, en ciertos casos, se vea constreñido a consultar con otro médico y, en su caso, remitir al paciente a un especialista, por carecer o ser insuficientes los conocimientos que se requieren en la situación concreta.

El único obstáculo que encontraría este proceder, es el carácter *intuitu personae* propio de nuestro contrato. A pesar de ello, se impone la solución contraria por varios motivos.

En primer lugar, esa remisión va a realizarse siempre en favor del paciente, es decir, está plenamente justificada, lo que impide equipararla a un abandono. Nadie puede dudar y, participamos en este punto de la opinión expuesta por la doctrina, de que se trataría de una excepción al *intuitu personae* que, por otra parte, está permitida por la necesidad de intervención de un tercero.

En segundo lugar, a favor de esta tesis se manifiesta el Código de Ética médica, cuyo artículo 21.2.º es, a todas luces explícito, cuando expresa que «excepto en situación de urgencia, el médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá que se recurra a otro compañero competente en la materia».

Una última reflexión que plantea esta conducta, es la relativa a su incumplimiento. En efecto, si el médico omite la consulta a un facultativo y, en su caso, la remisión a un especialista o, aun acudiendo a ellos no sigue sus instrucciones, se le podría exigir responsabilidad si se causan daños al paciente.

**c) Obligación de poseer medios técnicos. Algunas peculiaridades.**

En particular, su consideración como obligación de seguridad-resultado

Difícilmente el médico, pese a gozar de un nivel de conocimientos adecuado, desarrollará su cometido correctamente si no cuenta con un mínimo de medios para ello. Surge así, en íntima relación con la anterior, la obligación de disponer de medios técnicos, es decir, de aparatos e instrumentos en perfecto estado lo que, indudablemente, posibilitará que su actividad se ejerza con plena eficacia.

Es ineludible incidir aquí en el dato de que, sólo con unos medios técnicos adecuados, la actividad de diagnóstico será más fiable y ajena a un error que pueda ser considerado fuente de responsabilidad. Por decirlo en otros términos, si bien en principio un error de diagnóstico no es constitutivo de culpa y, por ende, de responsabilidad, sí podría serlo cuando se ha incurrido en aquél por la carencia de medios técnicos o la existencia de defectos en éstos para llegar a un diagnóstico correcto.

En esta línea cabe citar, entre otras, la STS de 16 de febrero de 1995 (RA 844), que califica como negligente la actuación de la doctora «que no se cercioró debidamente, como era preciso practicar, del grupo sanguíneo correspondiente a la paciente [...] ocasionando de esta manera error transfusional detectable» (FD 1.º).

De los términos de la sentencia, se puede afirmar que dicho proceder origina un error de diagnóstico inexcusable. Mas de este modo, no se agotan las observaciones del Alto Tribunal, que prosigue su argumentación en los siguientes términos:

*Algo similar sucede con los diagnósticos, que son exigentes en cuanto deben realizarse para alcanzar condición máxima de veracidad. Siempre resulta difícil determinar hasta qué punto se puede medir la certeza médica desde el momento que no es total y deja en muchas ocasiones resquicios al error humano, por posibles equivocaciones. No obstante ello, lo que se presenta claro es que si bien no caben exigencias de que se dé rigurosa exactitud, si en cambio y no resulta en forma alguna disculpable, es que tanto la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateos de medios y esfuerzos, ya que la importancia de la salud humana así lo requiere e impone. Por tanto, son censurables y generadores de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina, que causen resultados nocivos [FD 1.º].*

En la misma línea cabe situar la STS de 31 de diciembre de 1997 (RA 9493), que desestima el recurso de casación interpuesto por el Servicio Andaluz de la Salud, a propósito de la sentencia dictada por la Audiencia que condena a éste y el cirujano, a pagar a la paciente nueve millones de pesetas, a consecuencia de los daños sufridos por una operación de extirpación de mama sin existencia de carcinoma. En efecto, ha habido un error de diagnóstico que se podía haber evitado, lo que comporta su inexcusabilidad y el nacimiento de responsabilidad. Como declara su FD 2.º:

*la culpa del facultativo nace, pues, de la omisión de un medio adecuado para confirmar el diagnóstico antes de proceder a la extirpación, [...]; existía el medio; no implicaba aumento de riesgo, su no uso produjo el resultado de la amputación; el consentimiento se otorgó para una presunta malignidad; y ninguna duda cabe de que a la vista de que «la paciente nunca tuvo un cáncer de mama», de que carecía de carcinoma, se hubiera suprimido o, al menos, pospuesto, la cirugía radical, que hubiera requerido, en todo caso, un nuevo informe y un nuevo consentimiento, a la vista del error; y al no actuarse así existe culpa, nexo causal y se han cumplido las exigencias probatorias.*

Siguiendo con el hilo argumental, resulta patente que dicha conducta, concretada en la necesaria posesión de los medios técnicos, constituye una derivación de la diligencia exigible al médico. Realmente, en atención a la complejidad de la medicina actual, es difícil concebir la realización correcta de la obligación de asistencia médica, sin unos medios técnicos adecuados que se encuentren en buen estado.

Sin embargo, desde un punto de vista eminentemente práctico, existe una tendencia en la jurisprudencia francesa a configurarla como una obligación de seguridad-resultado, con lo que se aproximaría a las denominadas obligaciones de protección o corrección ya mencionadas<sup>57</sup>.

Lógicamente, el planteamiento expuesto encuentra su fundamento en la protección del paciente, que se pretende hacer efectiva en el ámbito de la carga de la prueba. Además, este entendimiento comporta importantes efectos en materia de responsabilidad, puesto que si se han causado daños al paciente por el mal estado de dichos aparatos, será suficiente para la determinación de aquélla, la prueba del daño y la relación causal entre éste y la utilización del aparato.



En esta línea, cabe destacar el movimiento jurisprudencial francés que distingue entre daños causados por el acto médico propiamente dicho, de una parte, y por una presunta defectuosidad del material, de otra, lo que determina un diferente juego de la responsabilidad. Tratándose de los primeros, es necesario probar la culpa del médico, mientras que en presencia de los segundos, existe a su cargo una obligación de resultado-seguridad, de modo que la presunta existencia de defectos del material es suficiente para comprometer su responsabilidad.

Sin embargo, la jurisprudencia italiana sigue justamente la tendencia contraria, a saber, su consideración como una obligación de medios, o su asimilación al deber *neminem laedere*. Se pone así de relieve la resistencia de aquélla a aplicar a los médicos criterios de imputación diversos a la culpa y presunciones que permitan a los jueces de otros países aligerar la carga probatoria del actor.

Hay que recalcar, pues, que, en nuestro ámbito, la citada obligación aparece deslindada de la principal de asistencia médica con la que coexiste, de manera que si se pretende hacer efectiva la responsabilidad del médico por incumplimiento de ésta última, habrá que probar su culpa. Al respecto, cabe hacer una matización. Si bien el médico será responsable de los daños causados por los aparatos en mal estado, habrá que verificar si aquéllos son debidos a un defecto en su construcción, en cuyo caso será responsable el fabricante, o, por el contrario, se han producido por su manipulación incorrecta por parte del médico pese a encontrarse en perfecto estado, lo que determinaría la responsabilidad de éste. En último término, habrá de reconocerse la existencia de casos de responsabilidad de uno y otro.

A la luz de lo expuesto, esto es, con el entendimiento de dicha obligación como de seguridad-resultado, se ha operado un cambio en virtud del cual, desde su consideración como una conducta derivada de la diligencia propia de la obligación de asistencia médica, en la práctica, con la intención de favorecer al paciente en el ámbito de la carga de la prueba, se ha pasado a una calificación independiente de la misma, coexistiendo con la principal de medios.

Finalmente hay que apuntar que, sin negar la relevancia de dicha obligación en el contrato de servicios médicos, su importancia es, acaso mayor, en el contrato de servicios hospitalarios. Y aún más, es en el ámbito público donde su incumplimiento ha originado y sigue provocando decisiones jurisprudenciales numerosas.

#### d) Obligación de remitir al paciente a un centro sanitario con mejores medios técnicos

Si sobre el médico recae la obligación de disponer de los medios técnicos adecuados, hará que reconocer situaciones en que no se cuente con ellos o sean insuficientes, lo que genera, obviamente, el deber de remitir al paciente a un centro mejor equipado. También hay que tener presente que, sin dejar de ser importante en el contrato de servicios médicos, asumirá especial relevancia cuando se concierte uno de servicios hospitalarios.

Obsérvese que se trata de dos facetas de dicho deber de remisión, o bien a un especialista, determinado por la insuficiencia de conocimientos examinado en las líneas precedentes, o bien a una clínica por la carencia de medios técnicos adecuados, que es el que se analizará a continuación.

Consecuentemente, cabría exigir responsabilidad al profesional de la medicina que, consciente de la insuficiencia o carencia de medios de que dispone, no traslada al paciente a otro centro mejor equipado, o lo hace con un retraso injustificado que determina la producción de daños.

Es muy interesante, en este sentido, el comentario que efectúa Fernández Costales a la STS de 26 de mayo de 1986, relativa al fallecimiento de un paciente tras una operación quirúrgica de úlcera duodenal, en el que, en contra del criterio seguido por el Tribunal Supremo, que entiende no haber



lugar al recurso de casación, considera que hubo negligencia por parte del facultativo al «incumplir su deber de traslado al paciente a otro centro hospitalario con mejores medios para atenderlo adecuadamente».

Sin ánimo de entrar en un estudio profundo de la cuestión, lo que ya ha sido realizado sobradamente por el precitado autor, sólo ha de señalarse que el hecho de que el médico hubiera actuado diligentemente en el transcurso de la operación y el post-operatorio, no es suficiente para declarar su irresponsabilidad, habida cuenta de que, incluso en este momento, se imponen una serie de cuidados más o menos intensos según la evolución del paciente y la gravedad de su dolencia.

En el caso descrito, el paciente tenía una úlcera duodenal desde hacía muchos años, lo que es un dato de por sí suficiente, indicativo de la gravedad de su enfermedad para obligar al médico a prever las posibles complicaciones y extremar las precauciones, como la remisión a un centro que posea medios adecuados para hacer frente a aquéllas, si él no los poseía. Y esto es lo que no aconteció en el caso citado o, mejor dicho, aconteció cuando ya era demasiado tarde, lo que revela el incumplimiento de dicha obligación.

En último lugar, ha de hacerse precisa mención de la STS de 6 de octubre de 1994 (RA 7465) que, curiosamente, valora «negativamente» la conducta de los facultativos que, por la escasez de medios de que disponían, remiten al enfermo a otro centro lo que, sin embargo, no pudo evitar los daños sufridos por éste. Como vamos a ver, el énfasis de dicha sentencia está puesto en la necesidad de contar con los medios técnicos adecuados. Veamos los hechos que dieron lugar a la decisión que, a primera vista, podría parecer incongruente con lo expuesto hasta ahora.

Se trataba de un menor que fue sometido a una operación de amigdalectomía y adencidectomía, de la que le quedó una secuela de encefalopatía anóxica con graves limitaciones para valerse por sí mismo. Fue este fatal desenlace lo que motivó la interposición de la demanda correspondiente contra el cirujano, anestesista, INSALUD y el propietario de la clínica donde se realizó la intervención en concierto con dicha Institución, que se desestimó en primera instancia, mientras que en apelación fue revocada. Tras dicha decisión, se interpone recurso de casación al que no ha lugar. Detengámonos en algunas de las afirmaciones del Alto Tribunal. En particular, expresa el FD 2.º que:

*el Fundamento de Derecho (o Considerando) séptimo de la sentencia recurrida establece como hecho acreditado la «escasez de medios» que de hecho obligó a la asistencia sanitaria al traslado del menor intervenido a otro Centro Médico-Quirúrgico y ello evidentemente supone la falta de adecuación del Establecimiento del recurrente para esta clase de operaciones en punto a las múltiples y complejas eventualidades orgánicas y funcionales que puedan surgir, lo que encuadra el hecho proclamado dentro de la conducta.*

A la luz de lo dicho, se puede deducir una contradicción. Bien es cierto que el centro no contaba con medios adecuados para realizar la operación. Pero dicha «falta de adecuación» se menguó con la remisión del paciente a otra clínica. Entonces, ¿dónde está la conducta reprobable? Busquemos más pistas para su determinación en las declaraciones del Tribunal Supremo. Quizá sea útil el FD 3.º de la sentencia cuando declara que:

*Se dice en el motivo que por el hecho de la «escasez de medios» declarado por la sentencia el aplicable, por ser omisión propia, es el artículo 1.902 del Código civil, lo que es rigurosamente cierto, pero también lo es que aunque se produjo la reanimación en el mismo centro, no se pudo resolver la situación subsiguiente al paro cardiorespiratorio con la premura de tiempo y medios adecuados bastantes para evitar las consecuencias del mismo que desembocaron en la encefalopatía, y buena prueba de ello es que tuvo que ser trasladado el*

*enfermo a otra clínica.*

Por su parte, en su FD 4.º se lee que:

*siendo exacto que tal paro se produjo, se afirma que tal circunstancia no se hubiera producido si se hubiera utilizado otra técnica operatoria, si se hubiera observado con detalle en el «iter» operatorio la existencia eventual de una amígdala atrófica, y sobre todo con una vigilancia adecuada inmediata al paciente en su proceso post-operatorio y en la aplicación también inmediata de los recursos técnicos que provee la ciencia médica que hubiera yugulado momentáneamente el paro y evitado un subsiguiente traslado a otra clínica con esencial pérdida de tiempo.*

Es fácil observar que con las afirmaciones transcritas, se está criticando la falta de medios técnicos para hacer frente a una intervención quirúrgica y sus complicaciones posteriores. Entonces, parece deducirse que no cabría en ningún caso la remisión a otro centro, porque todos los médicos y centros sanitarios están siempre obligados a disponer de los medios de que dispone la Ciencia lo que, de momento, está lejos de la realidad.

En último término, el FD 5.º de la sentencia añade más confusión, si cabe, al expresar que:

*la responsabilidad del aquí recurrente no sólo está incurra, como se dijo en el artículo 1.903.4.º, sino también en el artículo 1.902 ya que son actos propios los correspondientes a la falta de medios adecuados e incluso organizativos de la operatividad de los mismos, es decir, del instrumental técnico con la intermediación suficiente para la corrección y evitación en definitiva de las consecuencias funestas que se producen eventualmente en los episodios postoperatorios de las intervenciones quirúrgicas en determinados casos, eludiendo la necesidad de traslado a otros establecimientos sanitarios.*

Vuelve a surgir la duda cuando el Tribunal Supremo se refiere expresamente al hecho de eludir el traslado a otros establecimientos. Con estos términos, parece querer condenar la falta de medios del hospital que, en caso de poseerse, hubiera hecho innecesaria la remisión a otro centro. Es entonces, en este punto, cuando tendría sentido la expresión «eludiendo la necesidad de traslado a otros establecimientos sanitarios».

Como conclusión de todo lo antedicho, estimamos que los términos en que se ha expresado el Alto Tribunal no han sido especialmente afortunados, aunque llega a una solución justa. Hagamos al respecto unas matizaciones.

No creemos que exista inconveniente en admitir la posibilidad de que el centro sanitario (o el facultativo) que no posea los medios adecuados para hacer frente a ciertas situaciones clínicas, traslade a sus pacientes a aquellos establecimientos sanitarios dotados de buenos equipos técnicos. Todo ello, obviamente, con la necesaria inmediatez a fin de evitar perjuicios. Realmente, desde nuestro punto de vista, es difícil creer que un centro esté equipado de tal modo que pueda hacer frente a todo tipo de actuación médica y complicación, especialmente cuando ésta se acomete en ámbitos rurales y/o provinciales. Por tanto, debe darse relevancia a la obligación de remisión a otra clínica en algunos casos que —repetimos— debe llevarse a cabo con unas condiciones ineludibles de eficacia e inmediatez.

Otra cosa distinta es que, ante las características que presenta la operación, especialmente graves o complejas el centro, consciente de su carencia al respecto, relegue a priori la actuación a otro más habilitado técnicamente para que sea realizada en él, pues, de otro modo, la vida del paciente correría peligro.



A nuestro entender, lo que ha ocurrido en el caso examinado no es del todo claro, aunque acaso, sea más conveniente optar por lo segundo, pues cuando la Sala se refiere a la escasez de medios, incide en que la carencia es evidente «para esta clase de operaciones en punto a las complejas eventualidades orgánicas y funcionales que puedan surgir». Si esto era lo que parece que ocurrió, el centro y facultativo deberían haber evitado llevar a cabo las actuaciones requeridas en sus instalaciones, en atención a la índole de la intervención.

No obstante, contamos con argumentos a favor de la primera alternativa expuesta, porque en el centro se produjo la reanimación del paciente. Empero, fue a la hora de actuar contra la parada cardiorrespiratoria, cuando se hizo obligado su traslado (FD 3.º). Es decir, posiblemente contaba con el material suficiente pero, a partir de determinado momento, era insuficiente para hacer frente a las complicaciones surgidas. En tal caso, queda justificada la remisión a otra clínica que, a mayor abundamiento, podría dar lugar a responsabilidad si no se realiza en las condiciones antedichas. Y también pudo ser lo que sucedió en nuestro caso, aunque el Alto Tribunal no se refiere explícitamente a ello, sino que tan sólo insiste en el dato de la escasez de medios.

Obsérvese, además, que, en caso de haber optado por la desestimación del recurso en base a la escasez de medios y la deficiente actuación en orden a la remisión a otro centro, el Tribunal Supremo hubiera caído en una solución totalmente opuesta, aunque justa, respecto a la anteriormente referida de 26 de mayo de 1986, donde tras la realización de una operación, recordemos, estimó que los daños sufridos por el paciente no fueron debidos al actuar médico, cuando, a nuestro parecer, como quedó dicho, todo apuntaba a un retraso en la remisión a otro establecimiento sanitario para hacer frente a complicaciones previsibles, al tratarse de un enfermo que presentaba un cuadro clínico calificable de grave.

En conclusión, tratándose de uno u otro caso, si bien compartimos la decisión del Tribunal Supremo, más justa a todas luces que la anterior de 26 de mayo de 1986, no es muy clara la argumentación que ofrece para justificarla. A la vista están las dudas que han ido surgiendo al hilo de su exposición argumental. No obstante, de las diversas afirmaciones esgrimidas a lo largo de sus Fundamentos de Derecho, queda patente la insistencia del Alto Tribunal en la escasez de medios del centro para hacer frente a dicha intervención. Por ello, quizás hubiera sido más sencillo reconocer que esta carencia no se solventó de la mejor manera, por cuanto la remisión al otro centro no se efectuó en las condiciones óptimas de rapidez requeridas por la situación.



**ADVERTENCIA:** El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Greenwood Ávila, G. (1996). Régimen Laboral del Médico en la Empresa. Tesis de grado para optar por el Título de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. San Pedro de Montes de Oca. San José, Costa Rica. Pp. 69-84.
- 2 Fernández Costales, J. (1988). El Contrato de Servicios Médicos. Editorial Civitas, S.A. Madrid. España. 201-222.
- 3 Sánchez Gómez, A. (1998). Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios. Editorial Tecnos. Madrid. Pp. 106-131.