

La Ley aplicable a la responsabilidad civil del Médico en Derecho Internacional Privado Español

GUILLERMO PALAO MORENO

Doctor en Derecho
Profesor Ayudante de Derecho internacional privado
Departamento de Derecho Internacional
Universitat de València

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *La calificación de los supuestos de responsabilidad del Médico*. a) La responsabilidad contractual del médico. b) La responsabilidad extracontractual del médico. c) El cúmulo de acciones. 3. *El contrato internacional de Servicios Médicos y la responsabilidad contractual*. a) El juego de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos internacionales de prestación de servicios médicos. b) La ley aplicable al contrato internacional médico en ausencia de elección por las partes. 4. *La Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual del Médico*. a) La ley del lugar de comisión del delito y la responsabilidad civil extracontractual del médico. b) Propuestas de flexibilización de la regla base en relación a la responsabilidad del médico. 5. *Conclusiones*.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, estamos siendo testigos de una creciente internacionalización de la actividad médica y, consecuentemente, de los supuestos de responsabilidad civil del médico. Así, cada día es más habitual que un facultativo se establezca, o preste sus servicios, fuera del país de su nacionalidad¹ —gracias a la progresiva desaparición de las barreras que dificultaban el libre ejercicio de la profesión médica en diversos Estados—, o que un paciente acuda a un especialista establecido en otro país para someterse a una operación². Del mismo modo, la prensa nos sorprende

¹ Como en el supuesto planteado por A. KÖNNING-FEIL del médico turco que se establece en Alemania, cuyos pacientes son en su mayoría residentes en ese país con nacionalidad turca. *Das Internationale Arzhaftungsrecht*, Frankfurt a.M., V. P. Lang, 1992, p. 286. El mismo supuesto se da en la actualidad en nuestro país, aunque con facultativos magrebíes o provenientes de países de la Unión Europea, en las localidades donde se encuentran «colonias» de nacionales de su país de origen.

² Como en el asunto *Nagel c. Mowlen*, resuelto por el Tribunal de Casación italiano en sentencia de 21 de septiembre de 1986 (*Riv.dr.int.pr.proc.* 1988, pp. 125 y ss.). Supuesto que versaba sobre una operación de rinoplastia a la que se sometió una actriz italiana en Inglaterra.

de vez en cuando con casos tan curiosos como el de un buque-clínica con bandera rusa que, fondeado en el puerto de Gibraltar presta sus servicios a enfermos españoles. Ello, sin olvidar el gran número de supuestos en los que sujetos de diferentes nacionalidades se ven afectados por medicamentos o prótesis defectuosos que han sido elaborados en un país extranjero³.

La consecuencia directa de todo ello ha sido que resulte normal que en las relaciones médico/paciente podamos encontrar presente un elemento de extranjería. Se trata de problemas reales que han sido resueltos en la práctica contando como único marco de referencia con las soluciones presentes en las diferentes legislaciones nacionales, sin enfrentarse a la cuestión en toda su dimensión, ni tomar en consideración su especialidad. De hecho, esta es la idea que subyace en los diferentes intentos de la Comisión Europea para lograr la armonización del sector de la responsabilidad del prestador de servicios en el interior de la Europa Comunitaria⁴. Proyectos que podrían conducir incluso a la elaboración de una Directiva que regulase la responsabilidad médica de forma específica⁵.

No obstante, mientras este objetivo no se cumpla, tales supuestos habrán de ser abordados desde la óptica de nuestro sistema de Derecho internacional privado (en adelante DIPr). Por lo tanto, será desde este sector del ordenamiento en el que nos situaremos para enfrentarnos a la problemática que puede plantear la responsabilidad civil del médico con carácter internacional. Para ello, es necesario analizar específicamente los problemas de ley aplicable que pudieran darse cuando resultaran competentes nuestros juzgados y tribunales para conocer de tales asuntos.

A este respecto, la virtualidad práctica del problema de la ley aplicable en los casos de responsabilidad civil médica se manifiesta claramente en una serie de supuestos-tipo en los que se encuentra presente un elemento de extranjería. Supuestos que definiremos de forma previa, con el objeto de comprobar posteriormente el juego de las normas de conflicto de nuestro sistema de DIPr en relación a los mismos. Así, en primer lugar (supuesto A), lo más habitual es que el médico atienda a un paciente extranjero en

³ Así, *El País* de 15 de septiembre de 1994 (p. 26) alertaba a los 1500 españoles posibles afectados por unas válvulas cardíacas defectuosas elaboradas en Estados Unidos. De igual forma, se hacía eco de los resultados mortales que estaba teniendo un medicamento elaborado por una compañía alemana, suministrado a miles de personas por el *National Health Service*, con manifestaciones en todo el mundo (*El País* de 3 de septiembre de 1993, p. 21).

⁴ Nos estamos refiriendo a dos proyectos de 1989 y 1990, respectivamente, que se encuentran en vía muerta tras la *Comunicación de la Comisión relativa a las nuevas orientaciones en materia de responsabilidad del prestador de servicios* (COM (94) 260 final, Bruselas, 23.06.1994, p. 6).

⁵ En esta línea se plantea J. L. FAGNART: «Vers une Proposition de Directive spécifique sur la responsabilité du prestataire dans le secteur des soins de santé?», en N. FRASELLE (ed.), *La responsabilité du prestataire de services et du prestataire de soins de santé*, Lovaina la nueva, A. Bruylant, 1992, pp. 53 ss. Del mismo modo, la mencionada *Comunicación* de la Comisión establece que para futuros trabajos «habrá que tener más en cuenta las características específicas de los diferentes servicios» (doc.cit., p. 6).

el lugar donde se encuentre establecido, ya sea este último quien se desplace desde su país de residencia o ya se encuentre residiendo en dicho país. En segundo lugar (supuesto B), también puede ocurrir que sea el médico el sujeto que acude al país donde reside el paciente, dándose la doble posibilidad que lleve a cabo su actividad en un establecimiento secundario (B.1), o que no lo posea (B.2). Para finalizar (supuesto C), puede suceder que tanto el paciente como el facultativo se desplacen a un tercer país ajeno a ambos, prestándose ahí el servicio médico. En esta tercera posibilidad también cabe discriminar entre los casos en los que el médico posea un establecimiento secundario en ese país (C.1), de aquellos en los que no (C.2).

2. LA CALIFICACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

Según el tenor del artículo 12.1 del CC, al enfrentarnos a los problemas que plantea la responsabilidad civil del médico desde una perspectiva internacional privatista (en concreto desde el sector de la legislación aplicable), debemos concretar, en primer lugar, en qué categoría jurídica de nuestro ordenamiento encuentra su regulación dicho supuesto de hecho. A este respecto, llama la atención cómo la responsabilidad médica puede merecer una doble calificación, lo que podría ocasionar la puesta en funcionamiento de sendas normas de conflicto competentes. Así, la doctrina que se ha aproximado a esta materia es unánime al considerar que tales supuestos pueden contar indistintamente con una calificación tanto contractual como extracontractual⁶.

Este dato es intrínsecamente relevante, dadas las diferencias que existen entre una y otra posibilidad. Diferencias que se concretan, por lo que a nosotros respecta, en su distinto tratamiento conflictual, pero que también influyen decisivamente en su regulación material⁷. Por lo tanto es importante concretar, de forma previa, cuándo un supuesto de responsabilidad médica cuenta con una caracterización contractual o extracontractual.

⁶ Vid. E. DEUTSCH, «Das Internationale Privatrecht der Artzhaftung», en A. HELDRICH y otros (eds.), *Konflikt und Ordnung. Festschrift für M. Ferid zum 70. Geburtstag*, Munich, C.H. Beck, 1978, pp. 117 ss., esp. p. 118; H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche Bemerkungen zum Arzthaftungprozess», en AA.VV., *Einheit in der Vielfalt. Festschrift für H. Weitnauer zum 75. Geburtstag*, Heidelberg, Institut für Ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg, 1985, pp. 32 ss., esp. p. 34; M. FALLON, «Les prestations de services en droit international privé», en J. LAFFINEUR (ed.), *Les prestations de services et le consommateur*, Bruselas, Story scientia, 1990, pp. 179 ss., esp. p. 202; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 8.

⁷ Como el plazo de prescripción entre una y otra acción: quince años la acción contractual (art. 1964 CC), 1 año la extracontractual (art. 1968.2 CC).

tual, dado que el demandante podrá acudir en tales ocasiones a cada una de las dos vías existentes⁸.

a) La responsabilidad contractual del médico

Lo más habitual es que la relación existente entre un médico y su paciente tenga como marco jurídico un contrato⁹. Por lo tanto, la responsabilidad médica tendrá, en nuestro país, un origen contractual en un gran número de ocasiones¹⁰, tal y como sucede en otros países con tradición jurídica similar¹¹. Este será normalmente un contrato de arrendamiento de servicios –recogido en el artículo 1544 del CC–¹². No obstante, podrá tratarse también de otras figuras contractuales (como el contrato de obra), dependiendo de la naturaleza jurídica de las obligaciones que deriven de dicha relación¹³. De todas formas, la responsabilidad que surja del mismo encontrará su regulación en el artículo 1101 y concordantes del CC.

A este respecto, la responsabilidad civil del médico gozará de tal naturaleza cuando se produzca el incumplimiento, por parte del facultativo, del contrato preexistente que le vincula con el paciente¹⁴, ocasionando una lesión de los intereses de dicho acreedor¹⁵. En estos casos se ha

⁸ H. P. MANSEL, «Kollisions-und-Zuständigkeits-rechtlicher Gleichlauf del Vertraglichen und Deliktischen Haftung», *Z.f.Rvgl.* 1987, pp. 1 ss., esp. p. 23. Cfr. R. de ÁNGEL YÁGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1988, p. 23.

⁹ En el caso que nos ocupa, aunque entre el paciente y el médico no existe ninguna estipulación formal, no cabe duda que nos encontramos ante una relación de naturaleza contractual. De forma general, J. FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios médicos*, Madrid, Civitas, 1988. También, L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico*, Madrid, Tecnos, 1986, Vol. I, p. 170; J. ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Motecorvo, 1985, p. 120; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, Aranzadi, 1984, pp. 23 y 24.

¹⁰ De hecho, tal y como señala L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ (*La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 22), en la actualidad la regla general es la responsabilidad contractual, siendo excepcional la vía extracontractual.

¹¹ Por lo que respecta a los países que también optan por una posición similar a la española, desde una perspectiva de Derecho comparado, *vid.* P. J. ZEPOS y P. CHRISTODOULOU, «Professional Liability», *IECL*, Vol. XI, C. 6, Tubinga y otros, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1978, pp. 7 a 9.

¹² L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico, op. cit.*, p. 112; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, pp. 31 a 33; M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Reus, 1989, pp. 19 ss.; A. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Trivium, 1988, p. 125.

¹³ J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 141 a 147; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 41 ss.; A. LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

¹⁴ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico, op. cit.*, p. 170; F. JORDANO FRAGA, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *R.G.L.J.* 1985, pp. 29 ss., *concr.* pp. 32 y 33; L. GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 33.

¹⁵ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Reus, 1993, Vol. I, p. 146.

de tratar de una relación contractual válida¹⁶, respondiendo el médico de los deberes que se derivan del contrato de prestación de servicios subyacente y de aquellos accesorios ligados a la naturaleza del contrato¹⁷.

Hay que señalar que en el presente estudio tan sólo se hará referencia a los supuestos de responsabilidad civil contractual, en los que el enfermo se dirija a un médico solicitando cuidados. Esto es, aquellos casos en los que se trate de la auténtica prestación de un servicio por parte de un profesional liberal independiente¹⁸. De esta forma se excluirán relaciones como las que puedan existir entre un enfermo y una institución hospitalaria (sea pública o privada), el supuesto en que la relación médica se inicie por medio de un contrato de seguro, o aquellos casos en los que que sea una empresa quien contrate determinados servicios médicos para atender a sus trabajadores¹⁹. Supuestos de ejercicio dependiente de la medicina que, aunque mediando una relación de tipo contractual, descartamos ya que, como señala J. Fernández Costales: «todo ejercicio dependiente origina que la relación contractual se constituya no entre el médico y el paciente, sino entre éste y la persona física o jurídica de la que dependa el médico»²⁰.

Por último, cabe plantearse si este contrato puede ser considerado como un contrato de consumo, desde la óptica del DIPr. En principio, no cabe duda que el tenor literal del precepto que determina la ley aplicable a los contratos celebrados con consumidores, el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante CR), incluye los contratos médicos al aplicarse «a los contratos que tengan por objeto el suministro (...) de servicios a una persona». No obstante, si acudimos a las condiciones y exclusiones que establece dicho artículo para que tales contratos merezcan tal calificación, hemos de concluir con A. Könnig-Feil que los contratos médicos no cumplirían con las mismas, por lo que no pueden ser considerados contratos celebrados con consumidores a la luz del precepto mencionado²¹.

Así, en primer lugar, si es el paciente quien se desplaza del país donde tenga su residencia habitual al lugar donde el médico posee su establecimiento principal, para que se le preste ahí el servicio, no será aplicable

¹⁶ *Ibid.* p. 98. Sobre la validez del contrato médico, destaca el problema que se plantea por el deber de información del médico con respecto al enfermo, y su repercusión en la ruptura del mismo por vicios del consentimiento. A. LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 158 ss.; L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *Derecho médico, op. cit.*, pp. 88 ss.; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 209 ss. Exigencia que se halla presente en todos los ordenamientos estatales. J. L. FAGNART, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil, op. cit.*, pp. 108 ss. Cf. L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 39. Por lo que respecta al contenido del contrato médico, *vid.* J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 163 ss.; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 201 ss.

¹⁸ *Vid.* J. FERNÁNDEZ COSTALES, *op. cit.*, pp. 68 ss.

¹⁹ *Vid.* J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 119.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

²¹ *Op. cit.*, pp. 193 y 205. Esta calificación coincide con la mantenida por nuestra legislación material. La solución sería distinta, sin embargo, si se tratara de un contrato con una institución hospitalaria.

el artículo 5 en virtud de su párrafo 4²². En segundo lugar, las actividades médicas no suelen ser ofertadas en el país de residencia del paciente (como ocurre con otros profesionales liberales), por lo que no cumple con la primera condición que fija su numeral 2.^o²³.

b) La responsabilidad extracontractual del médico

La responsabilidad civil médica también puede tener naturaleza extracontractual en nuestro ordenamiento²⁴, regulándose en tales casos por lo establecido en los artículos 1902 y ss. del CC²⁵. Esto sucederá cuando los deberes incumplidos por el médico sean diferentes de los derivados del contrato que le puede unir con el paciente y se basa en la violación del principio *alterum non laedere*²⁶. Se trata de una posibilidad resarcitoria que ha cobrado una gran importancia en los últimos años en nuestro país, siendo en la actualidad mayor el número de reclamaciones presentadas por vía extracontractual que contractual²⁷. En este sentido, son varias las situaciones en las que se puede acudir a la misma:

En primer lugar, en aquellos supuestos en los que no existe ningún vínculo contractual entre el médico y el paciente dañado²⁸. Es decir, cuando este último no puede prestar su consentimiento y es atendido por motivos de urgencia, igualmente cuando el médico ejerce la medicina en régimen de dependencia frente a un tercero, bien al servicio de una entidad privada (médico de empresa, clínica privada, aseguradora o mutua) o como funcionario en un servicio asistencial público o, finalmente, cuando se produce una ruptura del contrato por vicios en el consentimiento del paciente, el demandante acudirá a esta vía.

En segundo lugar nos encontramos con aquellas situaciones en las que, a pesar de existir un contrato médico con antelación, el médico comete un acto ilícito encuadrable en el artículo 1902 del CC²⁹. Se trata

²² Exclusión que puede restringir seriamente al usuario de servicios médicos, y que es justificada por M. GIULIANO y P. LAGARDE («Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *D.O.C.E.* núm. C 327, de 11 de diciembre de 1992, pp. 1 ss., esp. p. 22), porque el usuario no puede esperar regular la relación por su ordenamiento de origen.

²³ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 193.

²⁴ Esta aproximación prevalece frente la contractual en diferentes países como los del *Common Law*. P. J. ZEPOS y P. CHRISTODOULOU, *op. cit.*, p. 9.

²⁵ Excluimos de nuestro estudio los casos en los que la responsabilidad tuviera su origen en un producto defectuoso. Supuestos regulados por la Ley 22/1994 de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (que traspone la Directiva 85/374/CEE), y desde una perspectiva conflictual por el Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos (ratificado por España en 1989).

²⁶ L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 33; J. A. SELJAS QUINTANA, «Responsabilidad civil médico-sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *A.C.* 1995, pp. 301 ss., esp. p. 304.

²⁷ L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, pp. 52 y 53. En los países del *Common Law* es la vía resarcitoria más utilizada.

²⁸ Vid. J. ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, pp. 221 y 222; F. JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 33.

²⁹ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 22.

de aquellas ocasiones en las que se produce un daño al paciente, como señala F. Jordano Fraga, «[c]on ocasión del cumplimiento, en una relación puramente incidental con él y por causa ajena a la prestación de los servicios debidos»³⁰. Por lo tanto, la presencia de un contrato entre médico y paciente no excluye la posibilidad de acudir a la acción extracontractual³¹.

c) El cúmulo de acciones

Esta doble posibilidad resarcitoria nos obliga a plantearnos el problema del cúmulo de acciones en la hipótesis de que la acción contractual y extracontractual se puedan entablar simultáneamente en supuestos de responsabilidad médica. En el caso que tales situaciones se planteen ante nuestros tribunales, y teniendo presente un elemento de extranjería, ésta será una cuestión a resolver por nuestra normativa interna³². Por lo tanto, cabe examinar si nuestro ordenamiento permite el cúmulo de ambas acciones.

La cuestión del cúmulo de acciones ha dividido y divide en la actualidad a nuestra doctrina civilista³³, así como a la postura adoptada por los países de nuestro entorno³⁴. Por lo que respecta a nuestra jurisprudencia, ésta ha tenido la ocasión de plantearse el problema del cúmulo de acciones en relación a la responsabilidad médica en varias ocasiones, permitiendo la concurrencia de ambas³⁵. No obstante, ello no significa que nuestros tribunales posibiliten el ejercicio simultáneo de las dos pretensiones, sino que el actor podrá elegir entre una u otra³⁶, teniendo preferencia la acción contractual sobre la delictual³⁷.

³⁰ *Op. cit.*, p. 34.

³¹ *Vid.* de forma general sobre esta posibilidad, F. PANTALEÓN, «Artículo 1902», en AA.VV., *Comentario del Código civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, T. II, pp. 1971 ss., esp. pp. 1977 ss.; S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, C.E. Ramón Areces, 1992, pp. 7 y 8; R. de ÁNGEL Y AGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 25. Cf. M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil contractual...*, *op. cit.*, p. 115.

³² Al poder considerarse una cuestión calificatoria a resolver por la ley del foro *ex artículo 12.1. C.c.* G. PALAO MORENO, *Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios*, Granada, Comares, 1995, p. 43.

³³ A favor del cúmulo: J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *op. cit.*, p. 39; L. MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 22. En contra: F. PANTALEÓN PRIETO, *op. cit.*, pp. 1979 ss.; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 118.

³⁴ El cúmulo es aceptado en Alemania e Italia. Francia, por su parte, es partidaria de la teoría de la no acumulación. La postura de la jurisprudencia inglesa, partidaria tradicional del cúmulo, ha cambiado recientemente acercándose hacia la no acumulación.

³⁵ Entre otras, SS.T.S. de 7 de febrero de 1990 y 22 de febrero de 1991.

³⁶ E. LLAMAS POMBO, *op. cit.*, pp. 107 y 108. Para ello se acudiría, en opinión de S. CAVANILLAS MÚGICA, a aplicar el principio de especialidad. S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 145 ss., esp. p. 148.

³⁷ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA y GÓMEZ, *La responsabilidad...*, *op. cit.*, p. 22; L. GONZÁLEZ MORÁN, *op. cit.*, p. 37.

3. EL CONTRATO INTERNACIONAL DE SERVICIOS MÉDICOS Y LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En caso que la responsabilidad médica tenga como marco jurídico una relación contractual –siempre que en dicho supuesto se halle presente un elemento de extranjería³⁸ y siendo competentes nuestros tribunales para conocer del asunto–, habrá que determinar el ordenamiento que va a regular el contrato de servicios médicos y la responsabilidad que del mismo se pudiera derivar. Esta operación la llevaremos a cabo, en la actualidad, por medio del CR, dado que tales supuestos entran dentro de su ámbito de aplicación material³⁹. Y en concreto, ante la ausencia de una norma específica referida a estos contratos⁴⁰, acudiremos a los artículos 3 ss. del citado texto convencional.

Desde esta perspectiva conflictual, será imprescindible valorar la importancia que posee la autonomía de la voluntad en este tipo de relaciones a la hora de concretar la ley aplicable (*infra a*), para, posteriormente, concretar la normativa que regulará el contrato de servicios médicos en ausencia de elección por las partes (*infra b*).

a) El juego de la autonomía de la voluntad conflictual en los contratos internacionales de prestación de servicios médicos

La posibilidad que tienen el paciente y el médico de determinar el ordenamiento jurídico llamado a regular el contrato que les une (autonomía de la voluntad conflictual), es ampliamente reconocida en el artículo 3.1 CR⁴¹. Los generosos términos en que se expresa este Convenio no pueden recibir, en nuestra opinión, más que una positiva acogida. Ello se debe a que atiende a los intereses de médico y paciente (ya que son los propios implicados quienes eligen la regulación aplicable a su relación), proporcionándoles seguridad jurídica (al conducir a una solución predecible por ambos)⁴². Junto a ello, esta elección «*[d]eberá ser expresa o*

³⁸ El artículo 1.1 del CR «[s]ituaciones que impliquen un conflicto de leyes». Esto es, «[s]ituaciones que suponen uno o varios elementos de extranjería con relación a la vida social interna de un país». M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 10.

³⁹ Cf. artículos 1 y 10 CR. Por lo que desplaza al artículo 10.5 CC.

⁴⁰ Como nos recuerda O. LANDO, la especialidad de los contratos celebrados con profesionales y su diferente caracterización, no suele tener ninguna incidencia en su tratamiento conflictual. Cf. «Contracts», *IECL*, Vol. III, C. 24, *op. cit.*, 1976, p. 152.

⁴¹ Cf. artículo 10.5 CC.

⁴² *Vid.* O. LANDO, «Contracts», *op. cit.*, p. 33; F. VISCHER, «The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts», *R. des C.* 1974-II, pp. 1 ss., esp. p. 37; P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement a caractère substantiel*, Ginebra, Georg-Librairie de l'université, 1985, pp. 113 ss. Entre nosotros, M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995 (6.^a ed.), pp. 143 ss., esp. p. 147.

resultar de manera cierta de los términos del contrato»⁴³, tal y como obliga el precepto citado. De esta forma, el CR da pie tanto al método objetivo como, en cierta medida, al subjetivo en la elección de la ley aplicable al contrato.

No obstante la claridad del principio y las ventajas que reporta a las partes, su juego posee determinadas especialidades en los supuestos que nos ocupan, debidas a las particularidades propias del contrato médico. Así, éste se caracteriza por ser un contrato que no suele contar con una estipulación formal, siendo lo corriente que el paciente acuda al facultativo para que le cure y éste acepte implícitamente sin mediar contrato escrito⁴⁴.

Por lo que respecta a la primera posibilidad (elección expresa), en raras ocasiones médico y paciente convendrán en el clausulado del contrato el ordenamiento llamado a regular el mismo (si es que éste existe)⁴⁵, siendo lo más común que no se produzca la *electio iuris*. En consecuencia, la elección tácita se muestra como la forma más habitual de que las partes opten por un ordenamiento jurídico concreto⁴⁶. Del tenor del artículo 3.1 se deriva claramente que ha de tratarse de una voluntad cierta, no presunta⁴⁷. Como señalan M. Giuliano y P. Lagarde en el informe relativo al Convenio, «una verdadera elección de la ley aunque no esté expresamente declarado en el contrato»⁴⁸. Por lo tanto se plantea el problema de identificar los elementos que la ponen de manifiesto⁴⁹.

Indicios válidos de una elección tácita de las partes en un contrato serán, como señala M. Virgos Soriano, los «comportamientos y circunstancias negociales que sin tener como objeto la exteriorización de la voluntad de los contratantes, partan inequívocamente de ella»⁵⁰. En el supuesto de un contrato médico, dichos «comportamientos y circuns-

⁴³ Esto es, expresa o tácita. No siendo posible, sin embargo, la elección hipotética o implícita. P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *Rev.crit.dr.int.pr.* 1991, pp. 287 ss., esp. p. 303; W. LORENZ, «Vom alten zum neuen internationalen Schulvertragsrecht», *IPRax* 1987, pp. 269 ss., esp. p. 271.

⁴⁴ L. MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, *Derecho médico*, op. cit., p. 170; J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, op. cit., p. 24.

⁴⁵ A. KÖNNING-FEIL, op. cit., p. 194. Hecho que denuncia A. F. SCHNITZER en relación la contratación internacional en general. «Les contrats internationaux en droit international privé suisse», R. des C. 1968-I, pp. 541 ss., esp. p. 590.

⁴⁶ H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», op. cit., p. 36.

⁴⁷ M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, Civitas, 1986, T. III, pp. 753 ss., esp. p. 772; Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *Internationales Vertragsrecht*, Colonia, Dr. Otto Schmidt KG, 1988 (4.ª ed.), p. 63. Método seguro y no excesivamente rígido, según A. GIARDINA, «Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo», en T. TREVES, *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padua, Cedam, 1983, pp. 3 ss., esp. p. 5.

⁴⁸ Op. cit., p. 15.

⁴⁹ *Ibid.*; F. VISCHER, «The antagonism...», op. cit., p. 46.

⁵⁰ «Obligaciones contractuales», op. cit., p. 156. Cf. A. L. DIAMOND, «Harmonization of Private International Law relating to contractual obligations», R. des C. 1986-IV, pp. 233 ss., esp. pp. 256 y 257.

tancias» podrán ser, entre otros: el hecho de que paciente y médico residan en un mismo país⁵¹, los comportamientos de las partes en las diferentes fases en que se encuentre el contrato o la conexión de éste a otro anterior donde sí se optaba por un Derecho determinado⁵². Por lo que se refiere a su comportamiento procesal, cuando ambos aceptan sin discutir someterse a un ordenamiento (v.gr. la ley del foro) se aplicará esa ley⁵³. Otros indicios, como ciertas circunstancias que pueden rodear la negociación del contrato (v.gr. el lugar donde se celebra, el lenguaje en el que está redactado o la divisa empleada), tendrán una relevancia menor⁵⁴.

Como se acaba de señalar, el principio de autonomía de la voluntad, tal y como queda plasmado en el CR beneficia a las partes de un contrato médico. No obstante, su amplia virtualidad también encierra ciertos peligros. Entre los mismos, destaca el «desequilibrio» real que existe entre el médico y el paciente, hecho éste que puede beneficiar a los intereses del facultativo frente al paciente como «parte débil» del contrato⁵⁵. Así, el médico cuenta con unos conocimientos de los que carece el paciente que le otorgan una mayor capacidad negociadora, circunstancia que puede desembocar en que el facultativo opte por el ordenamiento que mejor responda a sus propios intereses. Normativa que con toda seguridad será la ley del lugar donde se encuentra su establecimiento principal, al corresponder con la legislación que mejor conoce (por ser el país donde desarrolla habitualmente su actividad) y porque es la legislación según la cual concibe que se determine el nivel («standard») de su conducta profesional⁵⁶. Esta posición de desequilibrio nos lleva a plantear si el contrato médico es un contrato celebrado con consumidores. Como se vio, tales contratos no merecen dicha calificación, según el artículo 5 CR, por lo que no le serían aplicables las limitaciones que dicho precepto recoge en su numeral 2.º con respecto a la autonomía de la voluntad⁵⁷.

⁵¹ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 196 y 197.

⁵² M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 15; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 156; P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot y otros, Dartmouth, 1993, p. 50.

⁵³ M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 15; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 200 y 201; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 156; O. LANDO, «The conflict of Laws of Contracts. General principles», *R. des C.* 1984-VI, pp. 225 ss., esp. pp. 307 y 312; Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁴ Cf. A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 199; Ch. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, pp. 75 y 78.

⁵⁵ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 183; G. PALAO MORENO, *Aspectos...*, *op. cit.*, p. 140. La opción por un ordenamiento único por el médico le permite «planificar y reducir costes de transacción». M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 769.

⁵⁶ F. VISCHER, «The antagonism...», *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷ Por lo tanto, la autonomía de la voluntad tendrá los mismos límites que encuentran el resto de contratos comerciales (arts. 3, 7, 15 y 16 CR).

b) La ley aplicable al contrato internacional médico en ausencia de elección por las partes

Cuando las partes de un contrato de servicios médicos no opten por un ordenamiento «conforme a las disposiciones del artículo 3.º», el artículo 4.º del CR establece una serie de criterios de conexión que nos permitirán determinar la normativa competente para regular dicha relación y la responsabilidad que de la misma pudiera derivarse. Dicho precepto dispone a modo de solución inicial que el contrato⁵⁸ «se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos» en su párrafo 1.º Su numeral 2.º recoge una presunción (la prestación característica) encaminada a concretar la regla establecida en el párrafo anterior⁵⁹. Finalmente, su apartado 5.º posibilita rechazar la mencionada presunción en determinadas ocasiones.

Por lo tanto, siguiendo la estructura del artículo 4 CR, en primer lugar acudiremos a la normativa del país con el que el contrato médico mantenga la vinculación más estrecha⁶⁰. Se trata de una solución de carácter objetivo y flexible, basada en el principio de proximidad⁶¹. Para concretar dicho ordenamiento el juez, o el operador jurídico en su caso, tomará en consideración las circunstancias que rodean al contrato y su vinculación con diferentes países⁶², cuando éste se celebró o tras su celebración⁶³. De esta manera, entre las mismas se podrán valorar, en el caso concreto que nos ocupa, el lugar donde el paciente o médico residan, el lugar donde

⁵⁸ O, de forma excepcional, una parte del mismo según reza este primer apartado *in fine*, permitiendo el fraccionamiento del contrato.

⁵⁹ Las presunciones establecidas en los numerales 3.º y 4.º se refieren a contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización de un inmueble, y al contrato de transporte de mercancías, respectivamente.

⁶⁰ Forma de localización cercana al Proper law approach del DIPr inglés. R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milán, GIUFFRÈ, 1991, pp. 78 ss.; P. KAYE, *op. cit.*, p. 172; M. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, París, L.G.D.J. 1987, pp. 246, 247. Sobre el origen histórico de dicha regla *vid.* E. VITTA, «Influenze americana nella Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali», en AA.VV. *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, GIUFFRÈ, 1983, pp. 121 ss., esp. pp. 126 ss.; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, pp. 157 a 159; R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 76 ss.

⁶¹ P. A. de MIGUEL ASENSIO, «La ley aplicable en defecto de elección a los contratos internacionales: el artículo 4 del Convenio de Roma de 1980», *La Ley. Comunidades Europeas*, 4 de abril de 1995, pp. 1 ss., esp. p. 2; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 157. Sin entrar en consideraciones de justicia material. R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 184, 185; A. J. E. JAFFEY, «The english Proper Law doctrine and the EEC Convention», *I.C.L.Q.* 1984, pp. 531 ss., esp. pp. 537, 543.

⁶² CH. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, p. 88; P. A. de MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, pp. 2, 3. Circunstancias que habrán de ser consideradas de forma cualitativa por su relevancia y no cuantitativa. Acerca del proceso de valoración de tales elementos, *vid.* R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 178 ss.; M. VIRGOS SORIANO, «Obligaciones contractuales», *op. cit.*, pp. 159, 160.

⁶³ M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 18. En contra tomar en consideración elementos posteriores al momento de celebración del contrato, por incrementar la inseguridad y el riesgo de manipulación. M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 790; P. KAYE, *op. cit.*, pp. 173, 174; CH. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, pp. 89, 90.

celebren el contrato, su nacionalidad, la naturaleza y objeto del mismo, o el país en el que el facultativo desarrolle su actividad⁶⁴. No obstante, esta regla se presenta como una opción un tanto vaga que no responde al principio de seguridad jurídica, al ser imprevisible *a priori* por las partes⁶⁵.

En segundo lugar, el artículo 4 en su apartado 2.º corrige la inicial flexibilidad del precepto, al presumir que el contrato tiene los vínculos más estrechos «[c]on el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual»⁶⁶. Lugar que, en relación al ejercicio de una actividad profesional (como el caso que nos ocupa) será el país «[e]n que esté situado su establecimiento principal»⁶⁷.

Mediante dicha presunción se pretende concretar el elemento interno que caracteriza a cada tipo de contrato, conforme a su naturaleza y función, con el fin de determinar el factor de conexión más apropiado para cada categoría contractual⁶⁸. Por lo que al contrato de servicios médicos se refiere, no cabe duda que, como el resto de profesionales liberales, lo que les caracteriza es el suministro de dicho servicio⁶⁹. Por lo tanto, es lógico pensar que la ley que mejor responde al conjunto de elementos internos de tal contrato es la del lugar donde el médico tenga su establecimiento principal⁷⁰, siendo lo habitual que desarrolle su actividad en ese

⁶⁴ Cf. A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 207; P. KAYE, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁵ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 206; M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, pp. 780, 781; P. KAYE, *op. cit.*, p. 172. Cf. R. BARATTA (*op. cit.*, pp. 202 a 204) quien minusvalora esta crítica.

⁶⁶ De esta forma, tiene un papel integrador para determinar la conexión más estrecha (E. VITTA, «La Convenzione CEE sulle obbligazioni contrattuali e l'ordinamento italiano», *Riv.dir.int.pr.proc.* 1981, pp. 837 ss., esp. p. 846), continuando con la concreción del principio de proximidad (P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *R. des C.* 1986-I, pp. 9 y ss, esp. pp. 41, 42; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 2). Sobre los antecedentes de este criterio: M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milán, GIUFFRÈ, 1989, pp. 77 ss.

⁶⁷ Vid. en referencia a los contratos médicos, E. DEUTSCH, *op. cit.*, pp. 121, 122; H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, p. 44; M. FALLON, «Les prestations...», *op. cit.*, p. 202; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁸ M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19; M. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 88 ss.; M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 183; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, *op. cit.*, p. 4. Vid. también, A. F. SCHNITZER, «Les contrats...», *op. cit.*, 562 ss. Se trata de una presunción *iuris tantum*. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 174.

⁶⁹ A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 208; A. HELDRICH, «P. 28», *Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, C.H. BECK, 1993, p. 2287; M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19. No en vano, en la clasificación realizada por F. VISCHER éste y otros contratos de servicio pertenecían a la categoría de los contratos de actividad, cuya prestación característica consistía en el desarrollo de la misma. *Internationales Vertragsrecht*, Berna, Stämpfli & Cia., 1962, pp. 121 a 123.

⁷⁰ En relación al contrato médico, A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 213 ss.; E. DEUTSCH, *op. cit.*, p. 122. De forma general, M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19; A. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 271, 272; D. MARTINY, «P. 28», *Münchener Kommentar. Bürgerliches Gesezbuch*, Munich, C.H. BECK, 1990 (2.ª ed.), T. 7, pp. 1578 ss. En este sentido también, A. F. SCHNITZER, *op. cit.*, p. 595; F. VISCHER, *Internationales... op. cit.*, p. 111; *id.* «The antagonism...», *op. cit.*, pp. 61, 62. Jurisprudencialmente, este criterio de conexión ha sido empleado por el A.G. Traunstein (sentencia de 2 de febrero de 1973. *IPRspr.* 1973, pp. 34 ss.), en relación a los servicios prestados por un abogado.

país. De hecho responde al supuesto A que establecimos en la introducción del presente trabajo como el más frecuente.

Esta solución ha sido criticada por un importante sector doctrinal. Críticas centradas, principalmente, en el hecho de que se sobrevalora el desarrollo de la actividad frente a la prestación dineraria⁷¹, así como por favorecer al «prestador característico» y sus intereses⁷². Sin embargo, dichas observaciones no hacen peligrar su empleo en contratos como el presente⁷³. Además, se trata de un criterio que cumple con la finalidad de seguridad jurídica⁷⁴ y es económicamente eficaz⁷⁵. Junto a ello, la presunción que establece el artículo 4.2 CR posibilita una respuesta especializada que se adapta perfectamente a las características propias de los contratos médicos⁷⁶, y que responde a los supuestos A, B.1 y C.1.

En definitiva, el ordenamiento al que conduce el artículo 4 CR con sus apartados 1.º y 2.º es el de la ley del país donde se encuentre el establecimiento principal del médico. Este precepto concreta, a su vez, dicho lugar temporal y espacialmente (en algunos supuestos) en su numeral 2.º Así, por lo que se refiere al momento de la conexión, este apartado se refiere al «[m]omento de la celebración del contrato». Respecto a su localización espacial, en el caso de llevar a cabo su actividad en más de un establecimiento, concreta que si «la prestación tuviera que ser realizada en un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquel

⁷¹ H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «“Characteristic obligation” In the Draft EEC Obligation Convention», *A.J.C.L.* 1971, pp. 303 ss., esp. p. 310; P. M. PATOCCHI, «Characteristic Performance: A new Mythe in the Conflict of Laws? Some Comments on a recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contract», en AA.VV., *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basilea, Frankfurt a.M., Helbing & Lichteahn, 1993, pp. 113 ss., esp. p. 132.

⁷² H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 318 a 320; F. K. JUENGER, «The EEC Convention on the Law applicable to contractual obligations», en P. M. North (ed.), *Contract Conflicts. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study*, Amsterdam y otros, North-Holland Publishing Co., 1982, pp. 259 ss., esp. pp. 301, 302; P. M. PATOCCHI, «Characteristic...», *op. cit.*, p. 134; A. GIARDINA, *op. cit.*, p. 18.

⁷³ Frente a la prestación monetaria dicha opción resulta útil para clasificar los contratos (M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 784), permitiéndonos adaptar la respuesta conflictual a su diversa naturaleza. Resulta obvio que dicha conexión beneficia al médico (A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 215). Sin embargo, hemos de tener en consideración que no se trata de contratos celebrados con consumidores, siendo el profesional quien realiza la actividad más compleja y corre con los riesgos de la misma. *Vid.* A. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 177, 178; A. J. E. JAFFEY, «The English Proper Law doctrine and the EEC Convention», *I.C.L.Q.* 1984, pp. 531 ss., esp. pp. 547, 548; U. VILLANI, «Aspetti problematici della prestazione caratteristica», *Riv.dir.int.pr.proc.* 1993, pp. 513 ss., esp. p. 520.

⁷⁴ M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 784; M. MAGAGNI, *op. cit.*, pp. 285, 286; P. LAGARDE, «Le nouveau...», *op. cit.*, p. 308. En contra, F. K. JUENGER, «The EEC...», *op. cit.*, p. 301; P. KAYE, *op. cit.*, p. 190.

⁷⁵ Dado que le permite al profesional planificar su actividad y prever los riesgos que pudiera conllevar. M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, p. 784; A. J. E. JAFFEY, *op. cit.*, p. 548.

⁷⁶ Hay que tener en cuenta que se trata del país donde el profesional está autorizado a desarrollar su actividad (H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, p. 45; O. LANDO, «Contracts», *op. cit.*, p. 153), y según la cual se valora su conducta (F. VISCHER, «The antagonism...», *op. cit.*, p. 61).

en que esté situado este otro establecimiento»⁷⁷. Posibilidad que denominamos al inicio del estudio como B.1 y que está llamada a tener una aplicación creciente si tenemos en consideración la paulatina liberalización de la prestación de servicios médicos y establecimiento en el interior de la Unión Europea. Hecho que puede conducir a que un facultativo ejerza su profesión y/o se establezca en más de un país.

En último lugar, el numeral 5.º del precepto que estamos analizando permite rechazar la presunción del apartado 2.º en virtud de dos motivos. Rechazo que, sin embargo, se presentará en escasas ocasiones en relación a la responsabilidad médica. No acudiremos a la misma «[c]uando no pueda determinarse la prestación característica»; excluyéndose también «[c]uando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país». De esta forma establece una cláusula de excepción que permite flexibilizar la regla general del apartado 2.º, acorde con el principio de proximidad⁷⁸, aunque de uso excepcional subordinada al juego de la presunción de la prestación característica⁷⁹.

Por lo que hace referencia al contrato de servicios médicos, el propio tenor del numeral 2.º recoge el supuesto tipo de los contratos con profesionales, así como el más habitual, por lo que no cabe una indeterminación de la prestación característica tal y como hemos visto. En consecuencia tan sólo resta examinar la segunda posibilidad de exclusión de la presunción, que se presentará raras veces. A este respecto H. P. Mansel considera factible abandonar la ley del país donde se encuentre el establecimiento en favor de aquél donde se trata al paciente, cuando ambos sean distintos, si se dan ciertas circunstancias, dado que también deberán observar las reglas de ese Estado⁸⁰.

En este sentido, A. Könnig-Feil plantea el supuesto de que se tratara al paciente durante un viaje en grupo por un país extranjero⁸¹. Posibilidad que corresponde a la C.2 establecida en la introducción del presente

⁷⁷ Vid. A. KÖNNIG-FEIL, *op. cit.*, pp. 223, 224. Esta ubicación flexibiliza la presunción general y hace que el resultado se aproxime al criterio de la ley del lugar de ejecución del contrato (conexión empleada en el Restatement 2nd estadounidense en relación a los contratos de prestación de servicios en su P. 196). En contra, M. GIULIANO y P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 19. No obstante, I. SCHWANDER nos recuerda que lugar del establecimiento del profesional y donde ejecuta el contrato suelen coincidir. «Zur heutigen Rolle des Erfüllungsortes im IPR», en AA.VV., *Conflicts et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, Ed. Universitaires, 1990, pp. 681 ss., esp. p. 684.

⁷⁸ P. KAYE, *The New...*, *op. cit.*, p. 186. Esta posibilidad es considerada beneficiosa por algunos autores (H. BATIFFOL, «Remarques sur l'opposition des directives aux règles en droit international privé», en AA.VV., *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padua, Cedam, 1989, pp. 27 ss., esp. pp. 33, 34; P. LAGARDE, «Le nouveau...», *op. cit.*, p. 310), mientras que ha sido criticada por otros (CH. REITHMANN y D. MARTINY, *op. cit.*, pp. 109, 110).

⁷⁹ E. VITTA, «Influenze...», *op. cit.*, p. 136; A. J. E. JAFFEY, *op. cit.*, p. 554; M. VIRGOS SORIANO, «El Convenio...», *op. cit.*, pp. 791, 792; R. BARATTA, *op. cit.*, pp. 164 ss. La excepcionalidad se transforma en inaplicabilidad en P. KAYE (*The New...*, *op. cit.*, pp. 186, 187) al considerar que el 4.1 hará innecesario el juego de los numerales posteriores.

⁸⁰ «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, p. 47.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 233.

análisis, dado que la C.1 (esto es, si se diera la circunstancia que el facultativo poseyera un establecimiento secundario en dicho país) se encuadraría en el artículo 4.2 *in fine*, ya analizado. Aquí también cabría el caso de un médico que tratara a un enfermo en una clínica (o institución hospitalaria) situada en un país distinto de donde él se encuentra establecido, acudiendo al ordenamiento del país donde se desarrolla la actividad⁸². Esto es, la posibilidad B.2 a la que nos referimos en un principio. No obstante, A. Könnig-Feil considera que en casos como los expuestos, este resultado sería diferente cuando médico y paciente residieran en el mismo país o poseyeran la misma nacionalidad, ya que se aplicaría su ordenamiento común al poseer una mayor conexión con su relación⁸³. P. A. de Miguel Asensio propone abandonar el ordenamiento donde se encuentre el establecimiento también cuando éste sea circunstancial o pasajero⁸⁴.

4. LA LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DEL MÉDICO

Un supuesto de responsabilidad civil médica también puede contar con una caracterización extracontractual. Por lo tanto, hay que analizar la respuesta que nuestro sistema de DIPr establece cuando en tales casos se encuentre presente un elemento de extranjería, si nuestros tribunales resultaran competentes para conocer de la controversia que se entablara ante ellos.

En dichas hipótesis habrá que acudir al artículo 10.9 CC, solución general que recoge nuestro sistema de DIPr en materia de obligaciones no contractuales, al carecer el mismo de una norma que se enfrente a tales supuestos de forma específica (precepto que analizaremos en *infra a*). Junto a dicho precepto, dado que ofrece una respuesta insatisfactoria en determinadas ocasiones, estudiaremos la posibilidad de localizar tales supuestos de responsabilidad en un ordenamiento diferente al propuesto por tal precepto (*infra b*).

a) La ley del lugar de comisión del delito y la responsabilidad civil extracontractual del médico

El numeral 9.º del artículo 10 CC señala en su primer párrafo que «Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde

⁸² En este caso, y siguiendo la terminología de M. VIRGOS SORIANO («Obligaciones contractuales», *op. cit.*, p. 166) coincidirían, entre otros factores, el lugar de ejecución y el marco organizativo de la actividad médica, así como sería el ordenamiento esperado por el paciente.

⁸³ *Ibid.* Dado que ambos confían en que ése va a ser el ordenamiento que va a regular su relación. La nacionalidad común no tendría sentido, sin embargo, si el médico llevara muchos años establecido en un país distinto del de su nacionalidad. *id.* pp. 234, 235.

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 5.

hubiere ocurrido el hecho de que deriven». Con este precepto nuestro legislador se decantó en 1974 por la tradicional *lex loci delicti commissi*, criterio de conexión que mantienen la mayoría de legislaciones europeas como regla de base, aunque con ciertas diferencias entre las mismas⁸⁵. Se trata de una solución que ofrece numerosas ventajas y se adapta a la mayor parte de los supuestos de responsabilidad médica de naturaleza extracontractual⁸⁶. Prueba de ello es que la opción por la *lex loci delicti commissi*, ante la ausencia de una norma de conflicto especializada, ha sido la seguida por la jurisprudencia de algunos países cuando han tenido que resolver sobre supuestos como los que nos ocupan⁸⁷.

Para empezar, lo más habitual es que el resultado lesivo de la actividad médica se manifieste en el país donde se ha llevado a cabo el tratamiento al paciente. Lugar que generalmente (aunque no siempre) será el mismo que aquél donde el facultativo se encuentre establecido (o al menos donde esté habilitado para ejercer su profesión) y donde reside el paciente⁸⁸. Por lo tanto guarda un estrecho vínculo con ese ordenamiento. En tal sentido, resulta lógico pensar que el ordenamiento del territorio donde se lleva a cabo dicho acto lesivo tenga interés en sancionarlo⁸⁹, así como la reparación de los daños allí originados⁹⁰. Aún más si tenemos en cuenta que el facultativo habrá de actuar teniendo en consideración el nivel de diligencia exigido por la normativa de dicho Estado⁹¹. De esta forma, podemos comprobar cómo se adapta a las características de un gran número de los supuestos que recogimos en un inicio, como son el A,

⁸⁵ En este sentido: el artículo 62 de la Ley de Reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado de 1995, el P. 38 del B.G.B. alemán y la jurisprudencia que lo ha desarrollado (así como el art. 40.1 de su nuevo Proyecto de Reforma), el artículo 45 del CC portugués, el artículo 133.2 de la Ley federal suiza de DIPr y el artículo 48.1 de la ley federal austríaca de DIPr. La jurisprudencia francesa (después de la sentencia del Tribunal de Casación de 25 de mayo de 1948, *Latour c. Vv. Guiraut*) y el actual Proyecto de Reforma de Inglaterra y Escocia sobre la ley aplicable en materia de *Tort* y *Delict* (art. 2.1).

⁸⁶ Sobre las ventajas que presenta dicha conexión en general, *vid.* nuestro trabajo, G. PALAO, *Aspectos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 55 a 57. Por lo que respecta a la responsabilidad médica en concreto, E. DEUTSCH, *op. cit.*, pp. 125, 127; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 286.

⁸⁷ Destaca entre todos el citado caso *Nagel c. Mowlen*.

⁸⁸ E. DEUTSCH, *op. cit.*, p. 127; H. P. MANSSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, pp. 52, 53.

⁸⁹ P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, París, LGDJ, 1961, pp. 49, 52; F. POCAR, «Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions», *Trav.Com.fr.dr.int.priv.* 1985-1986, pp. 71 ss., esp. p. 72; A. BUCHER, «Les actes illicites dans le nouveau droit international privé suisse», en F. DESSEMONT (ed.), *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausana, CEDIC, 1989, pp. 107 ss., esp. p. 116.

⁹⁰ Esto es, la distribución de los riesgos sociales. P. BOUREL, *Les conflits...*, *op. cit.*, p. 53; O. KAHN-FREUND, «Delictual Liability and the conflict of Laws», *R. des C.* 1968-II, pp. 3 ss., esp. p. 44; M. C. PRYLES, «Tort and related Obligations in Private International Law», *R. des C.* 1991-II, pp. 6 ss., esp. p. 61; E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, UNED, 1993 (4.ª ed.), T. 2, p. 289.

⁹¹ Sobre la importancia que tienen las normas de comportamiento y seguridad del país donde se desarrolla la actividad médica en el plano conflictual. A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 300 ss.

B y C.1 y coincide con la ley del país donde se encuentra el establecimiento en la mayoría de ocasiones.

El mencionado criterio se adapta a la naturaleza que tiene la responsabilidad civil médica en nuestro ordenamiento material. Así, se trata de un factor de conexión que responde a una concepción subjetiva de la responsabilidad civil, al fijar su atención en la acción negligente que pudiera desarrollar el médico, tal y como hace nuestra normativa civil y su desarrollo jurisprudencial⁹². Además, es el ordenamiento que las partes prevén⁹³, favoreciendo la seguridad en la normativa que va a regular su actuación y el cálculo de los riesgos que se derivarán de la misma al ser cierto. No cabe duda que tanto el paciente como el médico esperan normalmente que sea el ordenamiento resultante al ser el país en el que generalmente se desarrolla su actividad médica.

No obstante lo dicho, la regla que plasma nuestro artículo 10.9 CC es merecedora de duras críticas. Entre las mismas destaca el hecho de que no resuelve el problema de la localización del *locus delicti* que se plantea cuando el lugar donde se comete el acto lesivo y aquél donde se manifiesta el resultado dañoso, no coinciden⁹⁴, ya que cada día son más frecuentes los casos de responsabilidad médica en los que, debido a la internacionalización de la actividad médica por la creciente liberalización de este sector, se produce una dispersión territorial de sus elementos constitutivos.

Para ilustrar esta posibilidad contamos con el caso *Nagel c. Mowlen* resuelto por el tribunal de casación italiano. En el mismo se trataba de determinar, entre otras cosas, el lugar donde se debía localizar el lugar de comisión del delito en un supuesto de responsabilidad por una negligente operación de cirugía estética llevada a cabo en un hospital de Londres (lugar donde se produjo la acción) a una actriz italiana, manifestándose las consecuencias dañosas cuando ésta se encontraba en Italia (lugar donde se produjo el resultado).

Como acabamos de señalar, nuestro artículo 10.9 CC no aborda este problema, por lo que habrán de ser nuestros tribunales los encargados de determinar lo que se entiende por «lugar donde hubiere ocurrido el hecho» en caso de disociación. A este respecto, las posturas que siguen la doctrina internacional-privatista y los diferentes sistemas estatales de DIPr se pueden reducir a tres: la opción por el lugar donde se realiza la

⁹² La responsabilidad médica es general y mayoritariamente por negligencia. R. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 203 ss.; S. CAVANILLAS MÚGICA e I. TAPIA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 24. En este sentido las SS.T.S. de 13 de julio de 1987 y 20 de febrero de 1992.

⁹³ O. KAHN-FREUND, «Delictual...», *op. cit.*, pp. 43 ss.; P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, p. 184; M. C. PRYLES, «Tort...», *op. cit.*, p. 61. N. BOUZA VIDAL, «Obligaciones extracontractuales», en A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado II. Parte especial*, Madrid, Atlas, 1987 (10.ª ed.), pp. 392 ss., esp. p. 396; E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 289.

⁹⁴ J. A. CARRILLO SALCEDO, «Artículo 10.9», en AA.VV., *Comentario a las reformas del Código civil. El Título preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 543 ss., esp. p. 555; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *op. cit.*, 1991 (4.ª ed.), pp. 291 ss., esp. p. 294. Hecho que ha originado una dura reacción doctrinal fuera de nuestras fronteras contra la *lex loci delicti commissi*.

acción (*lex loci actus*)⁹⁵, la localización en el país donde se manifiesta el resultado lesivo (*lex loci iniuræ*)⁹⁶, o cualquiera de los dos de forma alternativa para favorecer al paciente (teoría de la ubicuidad)⁹⁷. En nuestra opinión, ninguna de estas tres posibilidades responde a las características de estos supuestos de responsabilidad⁹⁸, por lo que nuestros tribunales habrán de determinar el *locus delicti* por otros métodos.

Ante lo insatisfactorio de las anteriores propuestas en este sector de la responsabilidad civil, A. Könnig-Feil ha propuesto su localización por medio de su regulación material⁹⁹. Esta postura, aceptable en nuestra opinión, conduciría a nuestros tribunales a aplicar el ordenamiento del país donde el médico tiene su establecimiento principal en la mayoría de ocasiones, al ser el ordenamiento que el facultativo toma en consideración al actuar dentro de su círculo de relaciones¹⁰⁰. A esta misma solu-

⁹⁵ En apoyo de una concepción preventiva de la responsabilidad civil. Vid. A. WEIL, «Un case épineux de compétence législative en matière de responsabilité délictuelle: dissociation de l'acte générateur de responsabilité et du lieu du préjudice», en *Mélanges Maury*, París, DALLOZ & SIREY, 1960, pp. 545 ss., esp. pp. 552, 553. Más recientemente y en relación a la materia que nos ocupa, M. FALLON «Les prestations...», *op. cit.*, p. 191. Legislativamente reflejado en el citado artículo 48.1 del sistema austríaco de DIPr, el artículo 45 del CC portugués y el 133.2 del sistema suizo de DIPr (aunque en estos dos últimos casos excepcionada cuando el autor no pudo prever su aplicación).

⁹⁶ Posibilidad basada en una concepción compensatoria de la responsabilidad civil, seguida por un importante sector doctrinal. Vid. A. WEIL, *op. cit.*, p. 555; G. BEITZKE, «Obligations délictuelles en droit international privé», *R. des C.* 1965-II, pp. 62 ss., esp. p. 85; F. POCAR, «Le lieu...», *op. cit.*, p. 75. Aunque no cuenta con reflejo legislativo, ha sido la solución adoptada en el citado caso *Nagel c. Mowlen*, en el asunto de responsabilidad médica resuelto por el Tribunal Supremo irlandés *Patrick Grehan v. Medical Incorporated and Valley Pines Associates* ([1986] I.L.M.R. 627) y por la jurisprudencia estadounidense (aunque a título subsidiario) también en este tipo de supuestos, en *Rosenthal v. Warren* (475 F.2d. 438) o *Guillory v. US* (699 F.2d. 781).

⁹⁷ Apoyada fundamentalmente por la doctrina y jurisprudencia alemana y suiza. Vid. G. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, Munich, C.H. BECK, 1987 (6.ª ed.), p. 457, y A. BUCHER, «Les actes...», *op. cit.*, pp. 116, 117. Presente en el artículo 40.1 del Proyecto de Reforma alemán. Entre nuestros autores, E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 291, y L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito», en C. JIMÉNEZ PIERNAS (ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional público y Derecho Internacional privado. XIII Jornadas de la Asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Alicante, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 1990, pp. 403 ss., esp. p. 450. De un modo más matizado, M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, 1995 (6.ª ed.), *op. cit.*, pp. 209 ss., esp. p. 227.

⁹⁸ Brevis, las dos primeras por ser parciales (al atender a uno sólo de los elementos de la responsabilidad. R. ROSSOLINI, «Un nuovo indirizo giurisprudenziale in tema di luogo di commissione dell'illecito?», en *Studi in onore di Ugo Gualazzani*, Milán, Giuffrè, 1986, pp. 127 ss., esp. p. 131. Vid. G. KEGEL, *op. cit.*, p. 455) y arbitrarias (M. FALLON, *Les accidents de la consommation et le droit*, Bruselas, Brylant, 1982, p. 386). La última, por favorecer injustificadamente al paciente. Vid. M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, pp. 227, 228; A. KÖNNIG-FEIL, *op. cit.*, p. 264.

⁹⁹ *Op. cit.*, pp. 246 ss. Cf. En el sector de la competencia desleal, M. VIRGOS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, p. 99. Vid. También, M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, pp. 228, 229.

¹⁰⁰ *Ibid.* pp. 264, 265. Lugar donde se encuentra el «punto de concentración» de la relación, si es ahí donde el facultativo lleva a cabo su actividad. E. DEUTSCH, *op. cit.*, p. 127.

ción se llegaría si, como hace M. Gestri al comentar el asunto *Nagel c. Mowlen*, se acude a la *lex contractus* cuando se trate del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato, debido a la presencia de un contrato médico en estos supuestos ¹⁰¹.

Un segundo problema planteado por este criterio de conexión de naturaleza territorial, es el de su localización cuando el *locus delicti* se materializa en un espacio no sometido a soberanía, como sucede en el mencionado supuesto del buque ruso anclado en el puerto de Gibraltar que atendiera a un paciente español. En este tipo de supuestos la doctrina se ha inclinado por dos criterios de conexión fundamentalmente: la ley de la bandera y la ley del lugar de comisión del delito ¹⁰².

En el caso que nos ocupa, sin embargo, nos inclinaríamos por el empleo en exclusiva de la *lex loci delicti commissi* ¹⁰³. En este sentido, consideramos que el uso del ordenamiento del pabellón del barco carece de justificación en este supuesto concreto, dado que esto sucedería si el tratamiento médico que se llevara a cabo en su interior interesara o tuviera vinculación con la vida interna del barco ¹⁰⁴. No obstante, si, como señalan los autores ¹⁰⁵, el hecho ilícito tiene una proyección externa al buque, como es el caso de que el paciente se encuentre en éste de forma temporal ¹⁰⁶, se acudiría al ordenamiento donde está el *locus delicti*. Esto es, el Derecho vigente en Gibraltar.

b) Propuestas de flexibilización de la regla base en relación a la responsabilidad del médico

La opción por la *lex loci delicti commissi* de forma única puede resultar rígida, fortuita e injusta en determinadas ocasiones. De esta forma, podemos comprobar como dicho criterio no se adecúa a todos los casos que se plantearan ante el juez y las circunstancias que los rodean, pudiendo conducir a soluciones poco apropiadas ¹⁰⁷. Así, a modo de ejemplo, si nos fijamos en el supuesto C.2, cuando el tratamiento médico se llevara a cabo en el transcurso de un viaje organizado por Europa central com-

¹⁰¹ «Alcune questioni in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», *Riv.dir.int.pr.proc.* 1988, pp. 53 ss., esp. p. 65.

¹⁰² Junto a estos dos, O. KAHN-FREUND (*op. cit.*, p. 267) también toma en consideración el ordenamiento común a las partes, así como el empleo de la conexión accesorias.

¹⁰³ Solución que en opinión de G. BEITZKE (*op. cit.*, p. 130) sería el principio general en este tipo de supuestos.

¹⁰⁴ P. BOUREL, *op. cit.*, pp. 185, 187; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 266; M. A. AMORES, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, p. 230. A modo de «insulated environment» (O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, p. 82) o «groupement social especial» (G. BEITZKE, *op. cit.*, p. 130).

¹⁰⁵ M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, p. 230; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 266.

¹⁰⁶ P. BOUREL, *op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁷ Vid. A. BINDER, «Zur Auflockerung des Deliktstatuts», *Rabels Z.* 1955, pp. 401 ss., esp. pp. 402 a 404, 497, 498; P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, pp. 185, 186; M. C. PRYLES, «Tort...», *op. cit.*, p. 79.

puesto por españoles, durante su paso por Suiza, queda claro que la localización territorial del *locus delicti* no sería el factor de conexión más apropiado al ser accidental.

En este sentido, el artículo 10.9 CC no es ninguna excepción a lo dicho. El criterio de conexión que establece resulta a todas luces insatisfactorio para regular todos los supuestos diferentes de responsabilidad extracontractual que pudieran presentarse ante el juez debido a su rigidez y generalidad¹⁰⁸. A pesar de ello, en nuestro ordenamiento y en el sector concreto que estamos examinando, no existen posibilidades de flexibilización y especialización de la regla base. Por lo tanto, realizaremos un breve análisis de determinadas propuestas existentes en otros ordenamientos, desde la óptica de estos supuestos de responsabilidad, con el objeto de proponer ciertas modificaciones de *lege ferenda* cuando este precepto resulte insuficiente y/o insatisfactorio¹⁰⁹.

Una primera posibilidad sería la aplicación del *Proper Law Approach* en tales supuestos de responsabilidad cuando el *locus delicti* sea fortuito. Esto es, acudir a un método de base judicial como el presente en el CR en materia contractual, que cuenta, además, con un importante apoyo y proyección en sistemas de DIPr cercanos al nuestro en materia de obligaciones no contractuales¹¹⁰. La aplicación de dicha técnica supondría que nuestros tribunales excepcionarían la *lex loci delicti commissi*, en favor del ordenamiento que presentara la conexión más significativa con el caso en concreto, en virtud de las circunstancias (externas) que lo rodean¹¹¹.

En relación a los supuestos de responsabilidad médica, esta técnica flexibilizadora podría ser concretada de diferentes maneras. Un sector doctrinal considera que si médico y paciente residieran habitualmente en el mismo país (o poseyeran la misma nacionalidad), siendo éste diferente del *locus delicti* (como en el supuesto C.2 arriba señalado), se podría acudir a dicha

¹⁰⁸ J. A. CARRILLO SALCEDO, «Artículo 10.9», *op. cit.*, pp. 554 a 556; N. BOUZA VIDAL, *op. cit.* pp. 396, 397; E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 289; L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», *op. cit.*, p. 293; M. A. AMORES CONRADI, «Obligaciones extracontractuales», *op. cit.*, p. 226.

¹⁰⁹ No analizaremos, sin embargo, otras propuestas, como aquellas basadas en el análisis de los intereses presentes en la normativa (de origen estadounidense). Ello se debe a que la regla tradicional, en nuestra opinión, responde a la naturaleza de este sector de la responsabilidad, como ya hemos señalado, así como por las numerosas críticas que ha suscitado.

¹¹⁰ En la actualidad la *proper Law* como forma de especialización de la tradicional *lex loci delicti commissi* se halla presente en los artículos 133 y 15 del sistema suizo de DIPr, en el artículo 48.I.2 del sistema austríaco, y en los Proyectos de Reforma inglés y alemán en sus artículos 2 y 41.1, respectivamente, así como en el articulado del desaparecido Anteproyecto de Convenio CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales de 1972. Con una técnica similar el P. 145 del *Restatement Second* estadounidense.

¹¹¹ Esta aproximación tiene su origen en el conocido artículo de J. H. C. MORRIS, «The Proper Law of a Tort», *Harv.L.Rev.* 1951, pp. 881 ss. Una crítica actual en M. C. PRYLES, «Torts...», *op. cit.*, pp. 80 a 86.

normativa común¹¹². Por su parte, E. Deutsch también se ha manifestado a favor de la ley del lugar donde se encuentra el establecimiento principal del médico (solución a la que nos conducirá la solución anterior con frecuencia), por ser en un gran número de ocasiones la *proper law of the tort*¹¹³.

Aunque de forma general se puede criticar la falta de previsibilidad e incertidumbre que origina esta técnica¹¹⁴, las mencionadas propuestas se adaptan mejor a tales supuestos de responsabilidad que el criterio tradicional (cuando sea fortuito), ofreciendo un alto grado de seguridad jurídica y justicia, cumpliendo con las expectativas de las partes. Por lo tanto, del mismo modo que en materia contractual, consideraríamos adecuado el empleo del *Proper Law Approach* con el fin de que nuestros tribunales excepcionaran la respuesta del 10.9 CC, en los supuestos señalados¹¹⁵.

Otra posibilidad de «escapar» del criterio de conexión *lex loci delicti commissi* cuando no guarde una vinculación efectiva con el supuesto de responsabilidad médica, o ésta sea accidental, sería acudir a la ley aplicable al contrato de servicios médicos preexistente, en virtud de la denominada «conexión accesoria». Esta posibilidad, reconocida para este sector concreto de la responsabilidad civil en la doctrina alemana¹¹⁶, supondría, como señala L. Garau Juaneda, que el ilícito quedara absorbido por la regulación propia de la relación principal (en nuestro caso el mencionado contrato médico)¹¹⁷. Esto es, haríamos uso de los criterios de conexión del estatuto contractual en vez de aplicar el criterio que recoge el 10.9 CC, aunque sin dejar de considerar el supuesto como un ilícito civil de naturaleza no contractual.

El empleo de la conexión accesoria no se ha dado nunca en la jurisprudencia en relación a los supuestos que nos ocupan. No obstante, en este

¹¹² A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 268 a 272; H. P. MANSEL, *op. cit.*, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, pp. 49, 50; E. DEUTSCH, *op. cit.*, pp. 128, 129. Opción que encontramos desde antiguo en la normativa alemana (art. 38 B.G.B. y en el art. 40.1 del actual Proyecto de Reforma, excepcionado por el 41), su jurisprudencia y doctrina, y más tarde en Portugal (art. 45.3 CC) y en Suiza (art. 133.1 de su sistema de DIPr). También cuenta con el apoyo de un sector de nuestra doctrina, aunque en virtud de la relación preexistente y no sólo por la ley personal común. L. GARAU JUANEDA, «Obligaciones no contractuales», *op. cit.*, p. 300; E. PÉREZ VERA (dir.), *op. cit.*, p. 290.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 125.

¹¹⁴ Entre otros, O. KAHN-FREUND, *op. cit.*, p. 51; F. A. MANN, «The Proper Law in the Conflict of Laws», *J.C.L.Q.* 1987, pp. 437 ss., esp. p. 442.

¹¹⁵ P. BOUREL, *op. cit.*, p. 43; M. C. PRYLES, «Torts...», p. 101 (en relación al Proyecto de Reforma inglés y escocés); P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, p. 188 (destacando su carácter conservador). En este sentido, los artículos señalados del sistema suizo y austríaco de DIPr y los pertenecientes a los Proyectos de Reforma alemán e inglés.

¹¹⁶ H. P. MANSEL, «Kollisionsrechtliche...», *op. cit.*, pp. 62, 63; A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, pp. 288 ss.; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, Tubinga, J.C.B. Mohr, 1990, p. 437. Amén de encontrarse presente en el artículo 133.3 de la Ley federal suiza de DIPr (aunque algo limitado), y los Proyectos de Reforma alemán (art. 41.2) e inglés (art. 2.2).

¹¹⁷ «Obligaciones no contractuales», *op. cit.*, p. 300. Vid. G. C. GOZENBACH, *Die Akzessorische Anknüpfung*, Zurich, Schulthess, 1986, p. 1; P. M. PATOCCHI, *Règles...*, *op. cit.*, pp. 173 ss.; H. P. MANSEL, «Kollisions-und Zuständigkeitsrechtlicher...», *op. cit.*, p. 15; A. BUCHER, *op. cit.*, p. 118; M. A. AMORES CONRADI, «Artículo 10.9», en AA.VV. *Comentario...*, *op. cit.*, T. I, pp. 127 ss., esp. p. 128; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «La ley aplicable a la responsabilidad precontractual en Derecho Internacional privado español», *REDI* 1990, pp. 125 ss., esp. p. 142.

sector concreto y sólo en los casos señalados, un uso prudente del mismo nos podría conducir a soluciones ajustadas. Además, es una conexión esperada por las partes, dada la especial vinculación que posee el supuesto de responsabilidad extracontractual con la relación contractual subyacente existente entre el médico y el paciente en un gran número de ocasiones.

5. CONCLUSIONES

Del estudio que hemos llevado a cabo, hay que destacar las estrechas relaciones que existen entre la responsabilidad contractual y extracontractual en los supuestos de negligencia médica. En este sentido, del análisis de los casos que establecimos en un inicio, a la luz de las normas de conflicto de nuestro sistema de DIPr, podemos comprobar cómo el resultado al que hemos llegado en la mayoría de las ocasiones es el mismo: la aplicación de la ley del lugar donde se encuentra el establecimiento del médico.

De esta forma, si la responsabilidad es contractual, este criterio de conexión tiene una gran virtualidad práctica en el sistema establecido por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Cuando la responsabilidad es extracontractual, el criterio territorial que recoge nuestro artículo 10.9 CC coincide en un gran número de supuestos con el mencionado ordenamiento. Hecho este último que se comprueba, no sólo cuando lugar de acción y lugar de resultado sean el mismo, sino también si ambos elementos están dispersos en varios países, o cuando el *locus delicti* resulta fortuito (con el empleo de técnicas flexibilizadoras como el *Proper Law Approach* o la conexión accesoria).

Esta circunstancia, especialmente válida en los casos de responsabilidad médica por la importancia que posee el contrato de prestación médico subyacente, hace que podamos plantearnos, desde una perspectiva conflictual, la –tantas veces deseada por un sector de la doctrina civilista– armonización de ambos tipos de responsabilidad civil en estos supuestos. Esto es, se trataría de otorgar un tratamiento conflictual único a ambos regímenes que equiparase ambas responsabilidades¹¹⁸. Esta posibilidad, evitaría problemas como el del cúmulo de acciones, y además, estaría en línea con la idea de ciertos autores de elaborar una Directiva comunitaria específica en materia de responsabilidad por servicios prestados por médicos.

Por otra parte, la aproximación de ambos regímenes y la casi total coincidencia de resultados, podrían hacernos pensar, si no en ese tratamiento armonizado, al menos en la especialidad de tales supuestos de responsabilidad civil cuando tuvieran una naturaleza extracontractual (al ser en el estatuto delictual donde más problemas se plantean con respecto

¹¹⁸ En este sentido, A. KÖNNING-FEIL, *op. cit.*, p. 278.

a la norma de conflicto). Esto nos llevaría a un tratamiento segregado de estos casos del resto de los demás supuestos de responsabilidad no contractual, desde una perspectiva internacional-privatista, con el objeto de flexibilizar la, en ocasiones, inadecuada respuesta de nuestro artículo 10.9 CC.

Para ello, mantendríamos como punto de conexión de base la tradicional *lex loci delicti commissi*, estableciendo junto al mismo la ley del lugar donde se encuentre el establecimiento del médico como criterio subsidiario. Esta solución, respetuosa en parte con la mencionada norma de conflicto, tomaría como referente la solución adoptada en sede contractual, y resulta apropiada en la mayoría de supuestos, así como posibilitaría flexibilizar el criterio territorial cuando éste no nos pareciese adecuado.

